الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
(دام ظله)

كتاب الشعر والكتابة والاستماع والإذاعة

٧٣

دار العلوم
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحیم

الفقه: موسوعه استدلاليه فی الفقه الاسلامی

کاتب:

آیت الله سید محمد حسینی شیرازی

نشرت فی الطباعة:

موسسه الفکر الاسلامی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ۷۳

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدیدآور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی/ المولف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم]: موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ریال(هرجلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ح۵ف۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص:۱

اشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه فی الفقه الإسلامی

آیه الله العظمی

السید محمد الحسینی الشیرازی

دام ظله

کتاب التدبیر والمکاتبه والاستیلاد والإقرار

دار العلوم

بیروت لبنان

ص:٣

الطبعه الثانيه

۱۴۰۹ ﻫ ـ ـ ۱۹۸۸م

مُنقّحه ومصحّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم ـ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبنانى الفرنسى

ص:۴

كتاب التدبير

اشاره

ص:۵

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۶

قال فی المسالک: (التدبیر من التفعیل من الدبر، والمراد به تعلیق العتق بدبر الحیاه، وقیل: سمی تدبیراً لأنه دبر أمر دنیاه باستخدامه واسترقاقه وأمر آخرته بإعتاقه، وهذا راجع إلی الأول، لأن التدبیر فی الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أیضاً، لأنه نظر فی عواقب الأمور والأدبار)((۱)).

وقد أخذ منه الجواهر، لکن لا یخفی أن المعنی الثانی خلاف الظاهر إذ هو مصداق من الأول فلا یرتبط بالمعنی.

وکیف کان، فقد استُعمل بهذا اللفظ فی الروایات من رسول الله (صلی الله علیه وآله) ومن بعده من الأئمه الطاهرین (علیهم الصلاه والسلام) کما ستأتی جمله منها، ولعله کان قبل الإسلام أیضاً، لظهور أن ألفاظ المعاملات بل العبادات أیضاً کلها إمضائیات، کما لا یخفی علی من راجع الأمر قبل الإسلام وإن زاد الشارع ونقص فی الشرائط والأجزاء والموانع والقواطع، وقد حقق هذا المبحث فی الأصول فی البحث عن الحقیقه الشرعیه.

ثم الکلام فی المقام کالکلام فی البیع من جهه کون المراد من هذا اللفظ المعنی المصدری أو الاسم المصدری، وحیث ذکرناه مفصلاً فی کتاب البیع لا حاجه إلی تکراره.

قال فی الشرائع: (التدبیر هو عتق العبد بعد وفاه المولی، وفی صحه

۱- مسالک الأفهام: ج ۱۰ ص۳۶۵

تدبیره بعد وفاه غیره کزوج المملوکه، ووفاه من یجعل له خدمته تردد، أظهره الجواز ومستنده النقل).

أقول: وقد ذکر ذلک الشیخ وأتباعه، بل نسب إلی المشهور، ویدل علیه من الروایات صحیح یعقوب بن شعیب، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) الرجل یکون له الخادم ویقول هی لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهی حره، فتأبق الأمه قبل أن یموت الرجل بخمس سنین أو ست سنین ثم یجدها ورثته ألهم أن یستخدموها إذا أبقت، قال: «إذا مات الرجل فقد عتقت»((۱)).

وفی خبر محمد بن الجهم المنجبر بالشهره، وبروایه الحسن بن محبوب عنه الذی هو من أصحاب الإجماع، کذا فی الجواهر، لکن فی حاشیته إن الروایه عن محمد بن حکیم کما فی التهذیب والفقیه، وعلی أی حال، قال: سألت أبا الحسن موسی بن جعفر (علیه السلام) رجل زوج أمته من رجل آخر وقال لها إذا مات الزوج فهی حره فمات الزوج، قال: «إذا مات الزوج فهی حره تعتد عده المتوفی عنها زوجها ولا میراث لها منه لأنها إنما صارت حره بعد موت الزوج»((۲)).

ثم قال الجواهر: وأسند الأول فی الکفایه إلی صحیح محمد بن مسلم وإن کنا لم نتحققه.

أقول: لعل الکفایه والجواهر ظفرا بما لم نظفر به.

وعن الصدوق فی المقنع، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، عن الرجل یکون له الخادم فیقول هی لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهی حره، فتأبق الأمه قبل أن یموت

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۸۱ الباب ۱۱ من التدبیر ح۱
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۸۱ الباب ۱۱ من التدبیر ح۲

الرجل بخمس سنين أوست سنين ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها بعد ما أبقت، قال: «لا، إذا مات الرجل فقد عتقت»[(۱)].

ولا يخفى أن ما فى هذه النصوص هو مقتضى القاعده بعد كونه عقلائياً ولم يغيره الشارع، وقد تقدم فى العتق صحه التعليق فيه، بل يظهر من التواريخ تعارف ذلک منذ أصحاب الرسول (صلى الله عليه وآله)، فقد قال جابر لعبده فى قصه وروده إلى كربلاء فى أربعين الحسين (عليه السلام): انظر أيها العبد إذا كان الجائى الإمام السجاد (عليه السلام) فأنت حر، فنظر العبد فإذا هو (عليه السلام) وعائله الحسين (عليهم السلام) راجعين من الأسر، فصار حراً لما بشره به.

وعلى أى حال، فلا يخفى فى ما ذكره المسالک وغيره مستشكلين على الشرائع بقوله: إنما الموجود من النقل صحيح يعقوب الذى هو مختص بوفاه المخدوم، فتعديه إلى غيره غير مستند إلى النقل، فإن روعيت الملابسه وهى لا تخرج عن ربقه القياس فلا وجه لاختصاصه بهذين، لأن وجوه الملابسه لا تنحصر، ويجىء على هذا جواز تعليقه بوفاه مطلق الملابس بل مطلق الناس، لفقد ما يدل على غير المخدوم وهو قول فى المسأله، وربما قيل بجواز تعليقه بموت غير الآدمى لاشتراک الجميع فى معنى التدبير لغةً وهو تعليق العتق على الوفاه، وأكثر الأصحاب لم يتعر ضوا لغير المروى وهو الأنسب، لكن يبقى فيه أن الصحيح وارد فى الأمه فتعديته إلى العبد لا يخلو من نظر.

وما اشتهر من أن خصوصيه الذكوريه والأنوثيه ملغاه وأن الطريق متحد لا يقطع الشبهه وإن كان متجهاً، وقد تبع فى ذلک الشهيد الأول (رحمه الله عليهما)،

۱- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۹ من التدبير ح۱

ومقتضى التعليق هو صحه التعليق حتى على موت غير الآدمى وإن لم يكن من التدبير حينئذ.

كما أن منه يظهر أن ما عن ابن إدريس من المنع من تعليقه بوفاه غير المولى مطلقاً، تمسكاً بموضع الوفاق ورد الخبر الواحد، غير ظاهر الوجه بعد ما عرفت من أنه مقتضى القاعده والدليل الصحيح المعمول به قديماً وحديثاً.

وإنما فهم الفقهاء من الروايات التدبير لأنها ظاهره فى ذلك، فإشكال الجواهر عليهم محل تأمل، قال:

(وأول من أشتبه عليه الأمر فظن أن ذلك من التدبير على وجه تجرى عليه أحكامه لذكرهم إياه فى كتاب التدبير للشبه به ابن حمزه فى الوسيله، وتبعه المصنف فى الكتاب، واقتفاه تلميذه الفاضل فى جمله من كتبه، وتبعهما الشهيد فى غايه المراد، وجرى على منوالها ثانى الشهيدين، وتبعه الصيمرى والفاضل الأصفهانى فى شرحه على القواعد والسيد فى الرياض وغيرهم، وأخذ بعضهم كلام بعض على وجه يظهر للمتأمل فيه أن كلاً منهم قد استمد من الآخر، ولكن التحقيق ما عرفت، وحينئذ فيجرى عليه حكم العتق المعلق لا التدبير، فيحسب من تصرفات المالك فى حال صحته لو فرض موت المعلق عليه فى حياه المولى إذا فرض وقوع ذلك فى حال صحته ولا يبطل بالإباق) انتهى.

فإنه لا حاجه إلى كل ذلك بعد الظهور المزبور، والاختلاف فى الإباق بين المولى وغيره لا يوجب إلّا نوع استئناس لما ذكره، ومثله لا يكون مرجعاً للأحكام الشرعيه، فما أكثر استثناء فرد من الكلى فى حكم خاص، بل ربما يستأنس لوجه الفرق أن الإباق من السيد يوجب العقوبه بما لا يوجب مثله فى الإباق عن غيره، بعد أن السيد ولى النعمه بخلاف غيره.

مسأله ۱ فی ألفاظ التدبیر

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: (والصریح أنت حر بعد وفاتی، أو إذا مت فأنت حر أو عتیق أو معتق، ولا عبره باختلاف أدوات الشرط، وکذا لا عبره باختلاف الألفاظ التی یعبر بها عن المدبر، کقوله: هذا أو هذه أو أنت أو فلان، وکذا لو قال: متی مات أو أی وقت أو أی حین).

أقول: مقتضی القاعده صحه التدبیر بالألفاظ الصریحه والکنایه والمجاز من أی لغه لإطلاق الأدله، بالإضافه إلی العرفیه التی لا دلیل علی أن الشارع غیرها کما فی سائر العقود والإیقاعات، فما عن المسالک وکشف اللثام من الإجماع علی عدم وقوعه بالکنایه غیر ظاهر، ولذا قال فی الجواهر: (بل لا یبعد صحته بغیر الجمله الاسمیه مثل حررتک وأعتقتک بعد وفاتی، ولکن ظاهر المتن حصر اللفظ الصریح بما ذکره، ومقتضاه عدم جواز غیره لأنه صریح، بل ظاهر المسالک وکشف اللثام الإجماع علی عدم وقوعه بالکنایه).

لکن لا إجماع قطعاً علی عدم الاجتزاء بها، فإطلاق الأدله حینئذ بحالها.

ثم إنه لا یبعد الصحه بدون اللفظ أیضاً، کما یصح فی أصل العتق حسب القاعده، فإذا کان یدبر عبیده بعد أن قال لهم تعالوا أدبر من شئت منکم، فإذا شاء تدبیر عبد أشار بالإیجاب بیده أو رأسه أو عینه، وإذا شاء السلب أشار بأحدها إلی العدم، فأشار إلی المبارک والمیمون والفیروز وغیرهم بالإیجاب کفی تدبیراً، کما یصح مثل ذلک فی المعاملات المعاطاتیه، وقد ذکرنا فی باب المعاطاه أن الأدله تشمل هذه الأمور، وأجبنا عن روایه «إنما یحلل الکلام ویحرم الکلام»((۱))، وقد سبق فی کتاب العتق ما یؤید ذلک.

ص:۱۱

۱- الوسائل: ج۱۲ ص۳۷۶ الباب ۸ من أحکام العقود ح۴

ثم قال الشرائع: (وهو ينقسم إلی مطلق كقوله: إذا مت، وإلی مقيد كقوله: إذا مت في سفري هذا أو في مرضي هذا أو في سنتي هذه أو في شهري أو في شهر كذا).

وفي الجواهر: إنه المشهور، وهو مقتضی القاعده لإطلاق الأدله والعرفيه علی ما عرفت من غير فرق بين أن يجعله شرطاً أو شروطاً، زمانياً أو مكانياً أو غير ذلك.

ويدل عليه بصوره خاصه بعض الروايات، مثل صحيح ابن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل قال: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فغلامي فلان حر، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «يرد من وصيته ما شاء ويجيز ما شاء». كذا في الجواهر، وفي الوسائل: «يرد من وصيته ما يشاء ويجيز ما يشاء»((١)).

بالإضافه إلی الروايات المطلقه المذكوره في كتاب الوصيه.

وعلی هذا فإن مات علی الصفه المذكوره عتق وإلاّ لم يعتق، خلافاً لموضع من المبسوط فألحق التدبير المقيد بالمعلق علی الشرط فحكم ببطلانهما نظراً إلی اشتراكهما في التعليق، واقتصاراً في مخالفه التنجيز علی المتيقن من النصوص والفتاوی.

لكنك قد عرفت ما فيه، وأن مقتضی إطلاق الأدله صحتهما.

ولو قال: إن مت من مرضي هذا، وشك في أنه مات به مما يشمله إطلاق كلامه، أو لا بل مات بمرض قلب مزمن عشرين سنه مثلاً أو بالسكر أو بضغط الدم أو ما أشبه ذلك، فإن كان العرف يری الصدق عتق، وإلا بأن قالوا بعدم الصدق، أو اختلفوا أو شكوا لم يعتق لأصل العدم.

ولو شك في إطلاق التدبير وتقييده كان الأصل عدم التقييد.

ثم قال الشرائع: (ولو قال: أنت مدبر، واقتصر لم ينعقد).

١- الوسائل: ج١٣ ص٣٨٧ الباب ١٨ من الوصايا ح٨

أقول: استدل لـذلك بالأصل، لكن فيه ما لا يخفى، فإن (أنت مدبر) ظاهر فى التدبير، ولذا أشكل عليه الجواهر بعد أن نقل عن المسالك وكشف اللثام وغيرهما الإجماع هنا أيضاً على عدم الوقوع كالكنايه، وبأنه إما عتق فلابد فيه من صريح لفظه، أو وصيه به فلاـ بـد من التصريح بالموصى به، قائلاً: (لكن قـد يناقش بمنع كونه منها بل هو من الصريح لغةً وعرفاً فيه، بل قيل إنه كان معروفاً فى الجاهليه)، وهو كما ذكره، بل قد عرفت صحه التدبير بالإشاره أيضاً، ومنها الكتابه كما فى الوكاله والوصيه.

ثم قال الشرائع: (ولو كان المملوك لشريكين فقالا: إذا متنا فأنت حر، انصرف قول كل واحد منهما إلى نصيبه وصح التدبير).

أقول: من غير فرق بين أن يكونا شريكين بالسويه أو بالتفاوت، ومن غير فرق بين أن يكونا اثنين أو أكثر، وهذا هو الذى أفتى به المبسوط وغيره، وعللوه بأن اللفظ كما هو صالح لتعليق العتق على شرط فهو صالح أيضاً لتعليق نصيب كل منهما على وفاه نفسه، وحيث إن ظاهر اللفظ أن كل واحد منهما علق الحريه على وفاه نفسه صح إذا أرادا ذلك، أما إذا أراد كل واحد حريه غير نصيبه بطل، ولو أراد حريه نصيبهما معاً صح فى ما له دون ما ليس له، ولو أراد تحرير نصيبه بوفاتهما معاً أو وفاه شريكه صح بناءً على ما تقدم، أما من لا يرى الصحه إلاّ المعلق على وفاه نفسه فيبطل عنده، سواء علق على وفاه شريكه أو علق على وفاتهما معاً.

ومنه يعرف وجه النظر فى إشكال الجواهر، حيث قال بعد نقله الدليل المتقدم للمبسوط والشرائع وغيرهما: (وفيه، مع أنه مبنى على عدم جواز التعليق على وفاه الغير على جهه التدبير أو غيره: إن الأصل المزبور لا يغير ظاهر اللفظ الذى

هو التعليق على وفاه الغير، ضروره كونه إنشاءً لا يتحقق بالنسبه إلى موت الآخر إلّا بتعليقه عليه، بخلافه على ما ذكر، فإنه يكون إنشاءً بالنسبه إلى تعليق نصيبه على وفاه نفسه، وإخباراً بالحكم بالنسبه إلى الحكم بعتقه أجمع على تقدير وفاتهما، وحينئذ فالمتجه بناءُ صحته وبطلانه على جواز تعليقه على وفاه الغير تدبيراً أو غيره وعدمه، وقد عرفت أن التحقيق عدم جوازه مطلقاً إلّا فی خصوص مضمون الخبرين)((۱)).

ثم قال ممزوجاً مع الشرائع: (ولا إشكال ولا خلاف فی الصحه، إذ لم يكن حينئذ معلقاً على شرط ولا على دبر حياه غير المولی، بل هو بمنزله تدبير كل منهما نصيبه بصيغه تخصه، وحينئذ فينعتق بموتهما دفعه إن خرج نصيب كل واحد منهما من ثلثه، لما تسمعه من أن ذلک حكم التدبير، أو أجاز الوارث، ولو خرج نصيب أحدهما خاصه من ثلثه تحرر، وبقی نصيب الآخر كله أو بعضه رقاً على حسب ما يخرج من ثلثه إن لم يجز الوارث).

ثم لو فرض انتقال حصه أحدهما إلى صاحبه بأن كان كافراً فصار حربياً فاسترق عبده، أو مسلماً فارتد مما إرثه لهذا الشريک، فالظاهر عدم الانعتاق إلّا بقدر حصته حال الشراكه، إذ لم يقصد تدبير الجميع، بل لو فرض قصد تدبير الجميع أيضاً لم ينفع، لأنه لم يكن ملكه ذلک الوقت، فهو كما إذا قال لعبد غيره: أنت حر دبر وفاتی، ثم انتقل العبد إليه حيث لم ينفع تدبيره.

ويدل عليه بالإضافه إلى انصراف الأدله، إنه نوع من العتق، ولا عتق إلّا فی ملک.

ولولم يعلم أن العبد لهذا أو لهذا، وقالا: أنت حر دبر وفاتنا صح، ولو لم يعلم أنه لكليهما أو لأحدهما ودبرا صح أيضاً، أما لو دبر أحدهما فإن كان المعلوم

۱- جواهر الكلام: ج۳۴ ص ۲۰۰ _ ۲۰۱

أنه ماله كلًا أو بعضاً تحرر القدر المعلوم، وإن كان غيره لم يتحرر شيءِ منه لأصاله العدم.

نعم إن أقرِع قبل ذلک، بل أو بعده لتعيين المالک، أو قلنا بقاعده العدل تحرر نصيبه كلًا أو بعضاً.

ثم فيما لو قال الشريكان: إذا متنا فأنت حر، قال فی الشرائع: (ولو مات أحدهما تحرر نصيبه من ثلثه وبقی نصيب الآخر رقاً حتی يموت)، وعلق عليه الجواهر بقوله: (أما الكسب المتخلل بين الموتين فهو مشترک بين المدبر والمالک الحی بنسبه الملک، كما أنه بين الورثه والمالک الحی لو أجزناه تدبيراً معلقاً علی وفاته ووفاه شريكه لو فرض موت أحدهما قبل الآخر، وكذا لو أجزناه عتقاً معلقاً علی ذلک لا تدبيراً، ضروره عدم حصول الحريه قبل موتهما معاً، فيبقی علی الرقيه وكسبه للوارث).

ثم لو أرادت التزويج فی حاله التخلل احتاجت إلی إجازتها وإجازه المالک الباقی، إلی غيرهما من الأحكام للمبعضه، وكذلک حال المبعض.

ص:١٥

مسأله ۲ اشتراط النیه فی التدبیر

(مسأله ۲): قال فی الشرائع: (یشترط فی الصیغه المذکوره شرطان:

الأول: النیه، فلا حکم لعباره الساهی ولا الغالط ولا السکران ولا المحرج الذی لا قصد له).

أقول: وذلک هو مقتضـی القاعـده، لإطلاق أدله «لا عمل إلاّ بنیه»، بالإضافه إلی متواتر الروایات التی تقدمت فی باب العتق، مثل روایه زراره، عن أبی جعفر (علیه الصلاه والسلام)، قال: سألته عن عتق المکرَه، فقال: «لیس عتقه بعتق»((۱)).

وفی روایه أخری له عنه (علیه السلام)، قال: سألته عن طلاق المکرَه وعتقه، فقال: «لیس طلاقه بطلاق، ولا عتقه بعتق»((۲)).

وعن جماعه من الفضلاء، عن أبی جعفر وأبی عبد الله (علیهما السلام): «إن المولہ لیس عتقه عتقاً»((۳)).

وعن الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سألته عن طلاق السکران، فقال: «لا یجوز ولا عتقه»((۴)).

وفی روایه أخری له عنه (علیه السلام)، قال: «لا یجوز عتق السکران»((۵)).

وفی روایه ثالثه له عنه (علیه السـلام)، قال: سألته عن المرأه المعتوهه الذاهبه العقل أیجوز بیعها وهبتها وصدقتها، فقال: «لا»، وعن طلاق السکران وعتقه، فقال: «لا یجوز»((۶)).

إلی غیر ذلک من الروایات الکثیره عامه وخاصه.

ثم قال الشرائع: (وفی اشتراط نیه القربه تردد، والوجه أنه غیر مشترط)، وفی

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۲۴ الباب ۱۹ من العتق ح۱
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۲۴ الباب ۱۹ من العتق ح۲
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۲۵ الباب ۲۰ من العتق ح۱
۴- الوسائل: ج۱۶ ص۲۵ الباب ۲۱ من العتق ح۱
۵- الوسائل: ج۱۶ ص۲۵ الباب ۲۱ من العتق ح۲
۶- الوسائل: ج۱۶ ص۲۵ الباب ۲۱ من العتق ح۳

المسالك: (مبنى الحكم على أن التدبير هل هو وصيه أو عتق بشرط، فعلى الأول: لا يشترط فيه نيه القربه كغيره من الوصايا، وعلى الثاني: يبنى على أن العتق هل يعتبر فيه نيه القربه أم لا، وقد تقدم الخلاف فيه، والأقوى عدم اشتراطها فيه لما سيأتى من ترجيح كونه وصيه بالعتق أو لأنه حكم مستقل برأسه وإن أشبههما، ولا دليل على اشتراطها فيه، والأصل يقتضى العدم وصحته بدونها).

أقول: لا يبعد الاشتراط، لأنه حتى إذا كان وصيه كان كالوصيه بالصلاه والصوم ونحوهما، وحيث لا معتق بعد الوفاه يقصد القربه احتاج إلى القربه حال التدبير، أما فى الوصيه بالصلاه فإن هناك مصلياً بعد الموت ينوى القربه فلا حاجه إلى نيه القربه حين الوصيه، والحاصل أنه عتق معلق فيشمله دليل احتياج العتق إلى القربه.

أما صحته من الكافر المعتقد بالله فلأنه يعمله قربةً، ومن غير المعتقد أو المعتقد الذى لا يرى القربه فيه فلأنه يؤخذ به من باب الإلزام، نعم إذا أعتقد القربه ولم يقصدها لم يصح، وقد تقدم الإلماع إلى ذلك فتأمل.

ومنه يعرف وجه القبول والرد فى كلام الجواهر، حيث إنه بعد نقل عباره الشرائع قال: (لكن قد يناقش بما ستعرف من كون المراد بكونه وصيه أنها بمنزلتها فى جواز الرجوع والإخراج من الثلث وغير ذلك، وإلا فلا ريب فى أنه عتق لكنه غير منجز، ثبتت مشروعيته فيشمله حينئذ ما دل على أنه «لا عتق إلّا ما أريد به وجه الله تعالى» وغيره من الأدله التى سمعتها على اعتبار القربه فى العتق، مضافاً إلى الإجماع المحكى عن المرتضى على ذلك، وعلى عدم جواز تدبير الكافر، بل وإلى الصحيح: «إن كان على مولى العبد دين فدبره فراراً من الدين فلا تدبير له وإن كان فى صحه وسلامه منه» _ أى الدين كما عن جماعه _ فلا سبيل للديان» أى الدين الذى حصل بعد التدبير، بناءً على أن الوجه فى فساد التدبير فى الأول فقد شرط نيه القربه وإن كان فيه ما فيه، لكن الأول كاف فى الدلاله على

الاشتراط، ولا يعارضه الإطلاق المؤيد بما سمعت).

فإن ما ذكره من الاشتراط بما استدل عليه هو مقتضى القاعده، أما عدم جواز تدبير الكافر فقد عرفت ما فيه.

ثم إذا كان رأيه عـدم الاشتراط تقليـداً أو اجتهاداً أو مـذهباً أو ديناً فلم يقصـد القربه وكان العبـد يرى الاشتراط أو الوارث، فهل يعتق لأجـل رأى المالـك، أو لا ـ لأجـل رأى العبـد أو الوارث، الظـاهر العـدم لأنهما يريان عـدم الانعتاق، فهو كما إذا رأى أحد المتبايعين صحه البيع والآخر البطلان.

وكذلك فى باب النكاح وغيره من المعاملات حيث لا يرتب الثانى الأثر.

ولو انعكس بأن رأى الاشتراط لكنه لم يقصـد ولم يرياه، فالظاهر الانعتاق لأن العبـد يرى صـحه عتقه فى هـذا الحال، وإن كانت المسأله بعد بحاجه إلى التأمل.

ص:١٨

مسأله ۳ التدبير المعلق بشرط أو صفه

(مسأله ۳): قال فی الشرائع: (الشرط الثانی: تجريدها عن الشرط والصفه فی قول مشهور للأصحاب).

وفی الجواهر: (بل عن ظاهر الخلاف والمبسوط والسرائر الإجماع عليه، مضافاً إلی ما سمعته مكرراً مما يدل علی اعتبار التنجيز فی كل عقد وإيقاع، ومنه الإجماع المحكی علی ذلك إلّا ما خرج).

أقول: مقتضی القاعده الصحه، كما ذهب إليه أبو علی، وذلك لما عرفت فی كتاب العتق وغيره من أنه لا دليل علی العدم فی المعلق من نص أو إجماع غير محتمل الاستناد، أو دليل عقلی علی ذلك، فالجزم بعدم الصحه غير ظاهر.

ولذا قال فی المسالك بعد قول الشرائع: (نبه بقوله: مشهور، علی عدم دليل صالح عليه كما تقدم مراراً فی نظائره، وقد صرح بجوازه معلقاً علی الشرط والصفه ابن الجنيد، سواء تقدم علی الموت أو تأخر، فقال: وإذا قال له: أنت حر بعد زمان معروف أو فعل يجوز أن يكون وأن لا يكون، ويتقدم أو يتأخر، كان له فی جميع ذلك الرجوع وإبطال التدبير ما لم يكن ذلك الشیء الذی جعله شرطاً أو أجلاً، وقال أيضاً: ولو جعل له العتق بعد وقت من موت سيده كان ذلك وصيه بعتقه فی معنی التدبير، ولو قال: إذا بنيت الدار أو قدم فلان فأنت حر منی، كان نذر التدبير لا تدبير، فإذا كان ذلك الشیء صار العبد مدبراً، ولو قال: إن شئت فأنت حر منی، كان تدبيراً إن شاء العبد ذلك، وذكر فی كتابه الأحمدی كثيراً من هذه الفروع، وفی المختلف أنكر ذلك كله وادعی الإجماع علی بطلان العتق المعلق بالشرط، والإجماع ممنوع والدليل مفقود)([1]).

لكن لا يخفی أن بعض ما فی كلام ابن الجنيد محتاج إلی التأمل.

وفی الكفايه بعد أن نقل قول ابن الجنيد وإنكار المختلف عليه وادعاء الإجماع علی

۱- مسالك الأفهام: ج۱۰ ص۳۷۵ _ ۳۷۶

بطلان العتق المعلق بالشرط قال: (ولمنع ثبوت الإجماع طريق، والدليل على ما ذكره غير واضح)((۱)).

ومنه يعرف وجه النظر فی کلام الجواهر حيث قال: (والمسأله بحمد الله من الواضحات وإن وسوس فيها صاحب المسالك لوسوسته فی أصل اعتبار التنجيز فی العقد والإيقاع).

ثم قال الشرائع: (والمدبره رق له وطيها والتصرف فيها، وإن حملت منه لم يبطل التدبير).

أقول: ذلك مما لا خلاف فيه ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه كما فی الجواهر، ويدل عليه جمله من الروايات:

فعن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل دبر مملوكاً له ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: «هو مملوكه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه»((۲)).

وعن يونس ـ كما فی فروع الكافی ـ: «فی المدبر والمدبره يباعان يبيعهما صاحبهما فی حياته فإذا مات فقد عتقا لأن التدبير عده وليس بشیء واجب، فإذا مات كان المدبر من ثلثه الذی يتركه، وفرجها حلال لمولاها الذی دبرها، وللمشتری الذی اشتراها حلال لشرائه قبل موته»((۳)).

وعن الوشا، قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل يدبر المملوك وهو حسن

۱- كفايه الأحكام: ج۲ ص ۴۶۰
۲- الوسائل: ج۱۶ ص ۷۱ الباب ۱ من التدبير ح۱
۳- الوسائل: ج۱۶ ص ۷۱ الباب ۱ من التدبير ح۲

الحال ثم يحتاج، يجوز له أن يبيعه، قال: «نعم إذا احتاج إلى ذلك»((١)).

ومن الواضح أن قوله: (إذا احتاج) من باب أن البيع إنما يكون فی هذا الحال، لا أنه شرط ولو بقرينه الروايات الأخر.

ومما تقدم يظهر الوجه فی الروايات الشارطه، مثل بعض الروايات الآتيه: فعن إسحاق بن عمار قال: قلت لأبی إبراهيم (عليه السلام): الرجل يعتق مملوكه عن دبر ثم يحتاج إلى ثمنه، قال: «يبيعه»، قلت: فإن كان عن ثمنه غنياً، قال: «إن رضی المملوك فلا بأس»((٢)).

وفی روايه جميل، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المدبر أيباع، قال: «إن احتاج صاحبه إلى ثمنه»، وقال: «إذا رضی المملوك فلا بأس»((٣)).

وعن محمد، عن أحدهما (عليهما السلام)، فی الرجل يعتق غلامه أو جاريته فی دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه أيبيعه، فقال: «لا إلّا أن يشترط على الذی يبيعه إياه أن يعتقه عند موته»((٤)).

وعن الحلبی، عن أبی عبد الله (عليه الصلاه والسلام) مثل ذلك.

وعن محمد بن مسلم، قال: قلت لأبی جعفر (عليه السلام): رجل دبر مملوكه ثم يحتاج إلى الثمن، قال: «إذا احتاج إلى الثمن فهو له يبيع إن شاء وإن شاء أعتق فذلك من الثلث»((٥)).

وعن ابن أبی عمير، عن بعض أصحابه، عن أبی عبد الله (عليه السلام) إنه سئل عن المدبره

١- الوسائل: ج١۶ ص٧١ الباب ١ من التدبير ح٣
٢- الوسائل: ج١۶ ص٧٢ الباب ١ من التدبير ح۴
٣- الوسائل: ج١۶ ص٧٢ الباب ١ من التدبير ح۵
۴- الوسائل: ج١۶ ص٧٢ الباب ١ من اتدبير ح۶
۵- الوسائل: ج١۶ ص٧٢ الباب ١ من التدبير ح٧

يطأها سيدها، قال: «نعم»((١)).

وعن أبى مريم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سئل عن رجل يعتق جاريته عن دبر أيطأها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها حياته، فقال: «أى ذلك شاء فعل»((٢)).

وعن أبى بصير، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العبد والأمه يعتقان عن دبر، فقال: «لمولاه أن يكاتبه إن شاء وليس له أن يبيعه إلاّ أن يشاء العبد أن يبيعه قدر حياته وله أن يأخذ ماله إن كان له مال»((٣)).

وعن على، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أعتق جاريه له عن دبر فى حياته، قال: «إن أراد بيعها باع خدمتها فى حياته فإذا مات أعتقت الجاريه وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها»((٤)).

وعن السكونى، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن على (عليهم السلام) ، قال: «باع رسول الله (صلى الله عليه وآله) خدمه المدبر ولم يبع رقبته»((٥)).

وعن دعائم الإسلام، عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) إنه أذن لرجل فى بيع مدبر أراد بيعه((٦)).

وعن أبى جعفر وأبى عبد الله (عليهما السلام) إنهما قالا ـ «المدبر مملوك» إلى أن قالا ـ «إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أعتقه»((٧)).

١- الوسائل: ج١۶ ص٧٢ الباب ١ من التدبير ح٨

٢- الوسائل: ج١۶ ص٧۴ الباب ٣ من التدبير ح ١

٣- الوسائل: ج١۶ ص٧۴ الباب ٣ من التدبير ح ٢

۴- الوسائل: ج١۶ ص٧۴ الباب ٣ من التدبير ح ٣

۵- الوسائل: ج١۶ ص٧۴ الباب ٣ من التدبير ح ۴

۶- المستدرك: ج٣ ص۴۴ الباب ١ من التدبير ح ١

٧- المستدرك: ج٣ ص۴۴ الباب ١ من التدبير ح ٢

وعنهم (عليهم السلام) إنهم قالوا: «لا بأس أن يطأ الرجل جاريته المدبره»((١)).

وعن الرضوى (عليه السلام): «والمدبر مملوك للمدبر فإن كان مؤمناً لم يجز له بيعه وإن لم يكن جاز بيعه على ما أراد المدبر وما دام وهو حى لا سبيل لأحد عليه، ونروى أن على المدبر إذا باع المدبر أن يشترط على المشترى أن يعتقه عند موته»((٢)).

وعن غوالى اللئالى، روى جابر الأنصارى أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر فاحتاج، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من يشتريه منه» فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائه درهم فدفعها إليه وقال: أنت أحوج منه((٣)).

وعن العياشى فى تفسيره، عن عمر بن يزيد، قال: كتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله عن رجل دبر مملوكه هل له أن يبيع عتقه، قال: كتب (كل الطعام كان حلاً لبنى اسرائيل إلاّ ما حرم اسرائيل على نفسه)((٤)).

وعن الدعائم، عن أبى جعفر وأبى عبد الله (عليهما السلام) إنهما قالا: «المدبر مملوك ما لم يمت من دبره غير راجع عن تدبيره، وله أن يرجع عن تدبيره وهو مملوك إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمضى تدبيره وإن شاء رجع فيه، إنما هو كرجل أوصى بوصيه فإن بدا له فغيرها قبل موته بطل منها ما رجع عنه، وإن تركها حتى يموت مضت من ثلثه»((٥)).

١- المستدرك: ج٣ ص٤٤ الباب ١ من التدبير ح٣

٢- المستدرك: ج٣ ص٤٤ الباب ١ من التدبير ح٤

٣- المستدرك: ج٣ ص٤٤ الباب ١ من التدبير ح٧

٤- سوره آل عمران: الآيه ٩٣، والمستدرك: ج٣ ص٤٤ الباب ١ من التدبير ح٨

٥- المستدرك: ج٣ ص٤٤ الباب ٢ ح١

ومن الروايات المطلقه بالإضافه إلى الإجماعات المـدعاه وعـدم الخلاف إطلاقاً يعرف أن الروايات المقيـده بمختلف القيود كما تقدمت محموله على الفضل لا على اللزوم، وما أكثر مثلها فى روايات الاستحباب والكراهه.

وحيث إنه مملوك كما عرفت من النص والفتوى لا فرق بين بيعه وهو عالم بتدبيره ذاكر له أو ناس أو ما أشبه ذلك.

ومما تقـدم ظهر وجه مـا ذكره الشرائع فيمـا تقـدم من عبارته حيث قال: (وإن حملت منه لم يبطل التـدبير)، وذلك لأنه لا وجه لبطلانه بعـد ما عرفت من إطلاق النص والفتوى، وقـد خالف فى ذلك الشافعى فى المنسوب إليه فأبطله بالاستيلاد لكونه أقوى، لكن ذلك قياس لا نقول به.

ثم قال الشرائع: (ولو مات مولاها عتقت بوفاته من الثلث وإن عجز الثلث عتق ما بقى منها من نصيب الولد).

أقول: يدل على الحكم الأول جمله من الروايات:

مثل ما عن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: «المدبر من الثلث»((١)).

وما عن زيد بن على، عن آبائه، عن على (عليهم السـلام)، قال: «المعتق على دبر فهو من الثلث، وما جنى هو والمكاتب وأم الولد فالمولى ضامن لجنايتهم»((٢)).

وعن أبى بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «المدبر مملوك ولمولاه أن يرجع فى تدبيره إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره، قال: وإن تركه سيده على التدبير ولم يحدث فيه حدثاً حتى يموت سيده فإن المدبر حر إذا مات سيده، وهو

١- الوسائل: ج١٦ ص٧٨ الباب ٨ من التدبير ح١

٢- الوسائل: ج١٦ ص٧٨ الباب ٨ من التدبير ح٢

من الثلث إنما هو بمنزله رجل أوصى بوصيه ثم بدا له بعد فغيرها قبل موته وإن هو تركها ولم يغيرها حتى يموت أخذ بها»((۱)).

وعن دعائم الإسلام، عن أميرالمؤمنين وأبى جعفر وأبى عبد الله (عليهم السلام) إنهم قالوا: «المدبر من الثلث»((۲)).

وفى حديث آخر عنهم (عليهم الصلاه والسلام): «فإذا مات الذى دبره عتق من الثلث»((۳)).

وقد تقدمت جمله من الروايات فى ذلک فى کتاب الوصايا.

وأما الحكم الثانى فلأنه إن ضاق الثلث شمله ما دل على عتقها من نصيب ولدها، فإن ضاق النصيب أيضاً استسعت فى الباقى، ويدل على ذلک جمله من الروايات:

کخبر محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «أيما رجل ترک سريه لها ولد أو فى بطنها ولد أو لا ولد لها فإن أعتقها ربها عتقت، وإن لم يعتقها حتى توفى فقد سبق فيها كتاب الله وكتاب الله أحق، فإن كان لها ولد وترک مالا جعلت فى نصيب ولدها»((۴)).

وزاد فى الفقيه: «ويمسكها أولياؤها حتى يكبر الولد فيكون هو الذى يعتقها إن شاء الله ويكونون هم يرثون ولدها ما دامت أمه، فإن أعتقها ولدها عتقت وإن توفى عنها ولدها ولم يعتقها فإن شاؤوا أرقوا وإن شائوا أعتقوا»((۵)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۹ الباب ۸ من التدبير ح۳
۲- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۶ من التدبير ح۱
۳- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۶ من التدبير ح۲
۴- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۷ الباب ۶ من الاستيلاد ح۱
۵- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۷ الباب ۶ من الاستيلاد ح۲

ویدل علی الاستسعاء بعض الروایات الداله فی العبد الذی حرر بعضه دون بعض، مما یشمل المقام إطلاقاً أو مناطاً، مثل ما عن الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، إنه سئل عن رجلین کان بینهما عبد فأعتق أحدهما نصیبه، فقال: إن کان مضاراً کلف أن یعتقه کله، وإلا استسعی العبد فی النصف الآخر»((۱)).

وعن محمد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «من کان شریکاً فی عبد أو أمه قلیل أو کثیر فأعتق حصته ولم یبعه فلیشتره من صاحبه فیعتقه کله، وإن لم یکن له سعه من مال نظر قیمه یوم أعتق ثم یسعی العبد فی حساب ما بقی حتی یعتق»((۲)).

وفی روایه أخری عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی عبد کان بین رجلین فحرر أحدهما نصفه وهو صغیر وأمسک الآخر نصفه حتی کبر الذی حرر نصفه، قال: یقوم قیمه یوم حرر الأول وأمر الأول أن یسعی فی نصفه الذی لم یحرر حتی یقضیه»((۳)).

إلی غیرها من الروایات الوارده فی باب العتق.

ثم إن الشرائع قال: (ولو حملت بمملوک سواء من عقد أو زنا أو شبهه کان مدبراً کأمه) بلا إشکال ولا خلاف، بل فی الجواهر الإجماع بقسمیه علیه، وإنما قال (بمملوک) لأنها إن حملت عن الحر کان الولد حراً، ولا ـ فرق فی ذلک بین الزنا والشبهه والحلال.

ولم یعلم وجه إشکال بعض فی الزنا مما حکاه الجواهر قائلاً: (نعم ربما توهم الإشکال فی الزنا مع علمها بالتحریم لانتفائه عنها شرعاً، وفیه مع أن جانب المالیه والحیوانیه غالب فی الأمه، ولذا کان ولدها من الزنا لمولاها دون مولی الزنا،

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۲۱ الباب ۱۸ من العتق ح۲
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۲۱ الباب ۱۸ من العتق ح۳
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۲۱ الباب ۱۸ من العتق ح۴

أن الموجود فی النصوص فما ولدت فهو بمنزلتها ولا ریب فی صدق أنها ولدته وإن کان من زنا).

إذ لا وجه لانتفاء ولد الزنا من الأبوین بعد أنه ولد عرفاً، وقد رتب الشارع علیها آثار الولد إلّا ما خرج کالإرث، ولذا لا یحق تزویج أحد الأبوین أو الأخ والأخت أو العمین أو الخالین أو ما أشبه بالولد والبنت من الزنا، وهما محرمان علیهم، کما تقدم تفصیل ذلک فی کتاب النکاح، فما یظهر من الجواهر من شبه التسلیم للإشکال وإنما منعه بإطلاق النص محل تأمل.

وکیف کان، فیدل علی الحکم جمله من الروایات: کصحیح یزید، عن أبی عبد الله (علیه السلام) سألته عن جاریه أعتقت عن دبر من سیدها، قال: «فما ولدت فهم بمنزلتها وهم من ثلثه وإن کانوا أفضل من الثلث استسعوا فی النقصان، والمکاتبه ما ولدت فی مکاتبتها فهم بمنزلتها إن ماتت فعلیهم ما بقی علیها إن شاؤوا فإذا أدوا أعتقوا»((1)).

ورواه الصدوق فی الفقیه مرسلا، وزاد: «لأن الحمل حدث بعد التدبیر».

وعن أبی البختری، عن جعفر بن محمد، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام) قال: «ما ولدت الضعیفه المعتقه عن دبر بعد التدبیر فهو بمنزلتها، یرقون برقها ویعتقون بعتقها، وما ولد قبل ذلک فهو ممالیک لا یرقون برقها ولا یعتقون بعتقها»((2)).

وعن عثمان بن عیسی الکلابی، عن أبی الحسن الأول (علیه السلام)، قال: سألته عن امرأه دبرت جاریه لها وولدت الجاریه جاریه نفیسه فلم تدر المرأه حال المولوده هی مدبره أو غیر مدبره، فقال لی: «ما کان الحمل بالمدبره أقبل

١- الوسائل: ج١٦ ص٧٦ الباب ٥ من التدبیر ح۴

٢- الوسائل: ج١٦ ص٧٦ الباب ۵ من التدبیر ح۵

ما دبرت أو بعد ما دبرت» فقلت: لست أدری ولکن أجبنی فیهما جمیعاً، فقال: «إن کانت المرأه دبرت وبها حبل ولم تذکر ما فی بطنها فالجاریه مدبره والولد رق، وإن کان إنما حدث الحمل بعد التدبیر فالو لد مدبر بتدبیر أمه».

وفی الوسائل: روی الصدوق مرسلاً نحوه وزاد: «لأن الحمل إنما حدث بعد التدبیر»((۱))، ولعل الجواهر ظفر بالزیاده المذکوره فی صحیح یزید أیضاً، لکنا لم نظفر بها هناک وإنما نقلناها تبعاً له.

وکیف کان، فعن دعائم الإسلام، عن أمیر المؤمنین وأبی جعفر وأبی عبد الله (علیهم السلام) إنهم قالوا: «ولد المدبره التی تلده وهی مدبره کهیئتها یعتقون بعتقها ویرقون برقها»((۲)).

وعن الصدوق فی المقنع، الذی هو متون الروایات: «وإذا دبرت امرأه جاریه لها فولدت الجاریه جاریه نفیسه فإن کانت حبلی قبل التدبیر ولم تذکر ما فی بطنها فالجاریه مدبره وما فی بطنها رق، وإن کان التدبیر قبل الحمل فالولد مدبر مع أمه لأن الحمل حدث بعد التدبیر»((۳)).

ومن ذلک یظهر لزوم حمل روایه علی بن جعفر، عن أخیه (علیه السلام)، قال: سألته عن رجل قال: إذا مت فجاریتی فلانه حره، فعاش حتی ولدت الجاریه أولاداً ثم مات ما حالها، قال: «عتقت الجاریه وأولادها ممالیک»((۴))، علی بعض المحامل کالتقیه علی ما ذکره

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۵ الباب ۵ من التدبیر ح۲

۲- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۴ من التدبیر ح۱

۳- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۴ من التدبیر ح۲

۴- الوسائل: ج۱۶ ص۷۷ الباب ۵ من التدبیر ح۶

الوسائل.

وفی الجواهر: إن هذا الخبر لا یتمکن من معارضه الأخبار السابقه بعد شذوذه والإعراض عنه.

ثم إن الشرائع قال: (ولو رجع المولی فی تدبیرها لم یکن له الرجوع فی تدبیر ولدها، وقیل: له الرجوع، والأول مروی).

أقول: القول الأول هو المنسوب إلی النهایه والخلاف والمبسوط والقاضی وابن حمزه والجامع والنافع، بل فی الکفایه نسبته إلی الأکثر، وعن الخلاف وکنز العرفان علیه إجماع الفرقه، والقول الثانی ذهب إلیه ابن إدریس وجماعه، وربما نسب إلی أکثر المتأخرین.

أما الروایه التی أشار إلیها الشرائع، فهو صحیح أبان بن تغلب، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل دبر مملوکته ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها وترک أولاده منها، فقال: «أولاده منها کهیئتها، إذا مات الذی دبر أمهم فهم أحرار»، قلت له: یجوز للذی دبر أمهم أن یرد فی تدبیره إذا احتاج، قال: «نعم»، قلت: أرأیت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقی أولادها من الزوج الحر أیجوز لسیدها أن یبیع أولادها ویرجع علیهم فی التدبیر، قال: «إنما کان له أن یرجع فی تدبیر أمهم إذا احتاج ورضیت هی بذلک»((۱)).

هذا بالإضافه إلی الوجه الاعتباری الذی استدلوا به لهذا القول، مثل ما فی الجواهر تبعاً لغیره وتبعه غیره من أن الرجوع فسخ لما حصل بصیغه التدبیر، لا لما کان تدبره بالنماء الذی لا یقبل الفسخ، ولذا کان الفسخ بالخیار لا یقتضی الفسخ بالنماء المتخلل بل یبقی للمشتری وإن ردت العین للبائع.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۸ الباب ۷ من التدبیر ح ۱

قال فی الدروس: ولو حملت بعد التدبیر بمملوک فهو مدبر قسراً فلا یصح الرجوع فی تدبیره وإن رجع فی تدبیرها، ونقل الشیخ فیه الإجماع وجوزه الحلیون لأن الفرع لا یزید علی أصله.

أقول: لکن العمده الروایه إن تمت، أما هذه الوجوه الاعتباریه من هذا الجانب أو من ذاک الجانب فلا یخفی ما فیها.

ومقتضی الجمع بین روایه أبان وروایه أبی البختری والدعائم حمل الأولی علی الاستحباب، وفیها قرینه علی ذلک لقید احتیاج المولی ورضا المدبره، وإن کانت هذه القرینه غیر مأخوذ بها مطلقاً، وإمکان التقطیع فی أجزاء الروایه لا یدفع ما ذکرناه، والصحیحه وإن کانت أقرب سنداً لکن خبر أبی البختری المؤید بخبر الدعائم بعد عمل مشهور المتأخرین به، ومن المعلوم أن شهرتهم أقوی من شهره القدماء من حیث کثره تحقیقهم، هو مقتضی الصناعه، ویؤیدها فتوی الحلبیین من المتقدمین بجواز الرجوع.

ولو قیل بالمکافئه، قلنا إما یحمل الصحیح علی الاستحباب أو یتساقطان، والمرجع أصل الرجوع لما دل من أن المدبر ملک علی ما تقدم ولغیره، ویؤید ذلک أن ابن إدریس قال: إن مقتضی مذهب الإمامیه جواز الرجوع.

ثم قال الشرائع: (وکذا المدبر إذا أتی بولد مملوک فهو مدبر کأبیه).

فیأتی بولد مملوک لمولاه لکونه من أمته المدبره أولا أو من غیرها مع اشتراط الرقیه علی القواعد العامه، وإنما کان المدبر کالمدبره لوضوح عدم الفرق بینهما فی جمیع الأحکام إلاّ ما خرج بالدلیل، ولیس المقام من المستثنی، بالإضافه إلی تساوی الرجل والمرأه فی الأحکام إلاّ ما خرج، ومنه المقام حیث لم یدل الدلیل علی الخروج.

وفی صحیح یزید بن معاویه، عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی رجل

دبر مملوكـاً له تـاجراً موسـراً فـاشترى المـدبر جاريه فمات قبل سـيده، فقال: «أرى أن جميع ما ترك المـدبر من مال أو متاع فهو للذى دبره، وأرى أن أم ولده للذى دبره، وأرى أن ولده مدبرون كهيئه أبيهم فإذا مات الذى دبر أباهم فهم أحرار»((١)).

وفى المقنع، قـال: وسـئل الرضـا (عليه السـلام) عن رجـل دبر مملوكاً تاجراً موسـراً فاشترى المـدبر جاريه بأمر مولاه فولـدت منه أولاداً ثم إن المدبر مات قبل سيده، فقال: «إن جميع ما ترك المدبر من مال أو متاع فهو للذى دبره، وأرى أن أم ولده رق للذى دبره، وأرى أن ولدها مدبرون كهيئه أبيهم فإذا مات الذى دبر أباهم فهم أحرار»((٢)).

ثم الظاهر أن الثلث إذا لم يسع الأبوين المدبرين وأولادهما كان مقتضى الدليل استسعاء الجميع بقدر الفاضل لإطلاق الاستسعاء، ولا دليل على تقدم الأبوين على الأولاد ثم استسعاء الأولاد فقط.

ومنه يعلم وجه النظر فيمـا ذكره الجواهر حيث قـال: (بقى الكلاـم فى شـىء، وهو أنه لاـ كلاـم فى أن الأولاد يخرجون من الثلث أيضاً، لكن مقتضـى ما تسـمعه فيما يأتى أن التدبير كالوصـيه فى الخروج من الثلث وأن الخارج الأول فالأول، وحينئذ يخرج الأم أولاً ثم الأولاد مترتبين، ومن لم يسعه الثلث ولا بعضه يبقى رقاً ولا استسعاء، إلاّ أنه قد سمعت إطلاق استسعائهم فى النقصان فى خبر يزيد، بل لعله ظاهر فى توزيع الثلث بينهم فيتحرر منهم شىء ويستسعون فى الباقى، وهو مخالف لما سمعت).

وخبر يزيد هوما تقدم عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن جاريه أعتقت عن

١- الوسائل: ج١٦ ص٧٧ الباب ۶ من التدبير ح١

٢- المستدرك: ج٣ ص۴۴ الباب ۵ من التدبير ح١

دبر من سيدها، قال: «فما ولدت فهم بمنزلتها وهم من ثلثه، وإن كانوا أفضل من الثلث استسعوا فى النقصان، والمكاتبه ما ولدت فى مكاتبتها فهم فى منزلتها إن ماتت فعليهم ما بقى عليها إن شاؤوا فإذا أدوا أعتقوا»((۱)).

هذا بالإضافه إلى إطلاق أدله الاستسعاء التى ذكرناها فيما سبق.

ثم إن الشرائع قال: (ولو دبرها ثم رجع فى تدبيرها فأتت بولد لسته أشهر فصاعداً من حين رجوعه لم يكن مدبراً لاحتمال تجدده، ولو كان لدون سته أشهر كان مدبراً لتحقق الحمل بعد التدبير).

أقول: وذلك لأن الولد بين أقل الحمل وأقصاه ملحق، بخلاف ما إذا كان قبل الأقل أو بعد الأقصى، ومثل ذلك ما إذا لم نعلم أيهما لكن قام الشاهد أو قالت هى فإنها مصدقه.

والحاصل: إن الميزان فى المقام هو الميزان فى سائر المقامات، وعليه فإذا حملت بعد التدبير ونقلت نطفتها إلى رحم امرأه أخرى، كما اتفق فى زمان على (عليه الصلاه والسلام) كان الأمر كذلك لأنه ولدها، وكالمدبره فى الحكم المدبر لما عرفت من الدليل فيهما، أما إذا حملت امرأه أخرى ونقلت النطفه إلى المدبره فلا ربط له بها.

ثم قال الشرائع: (ولو دبرها حاملا قيل: إن علم بالحمل فهو مدبر، وإلاّ فهو رق، وهى روايه الوشا، وقيل: لا يكون مدبراً لأنه لم يقصد التدبير، وهو أشبه).

أقول: القول الأول نسب إلى الإسكافى والشيخ فى النهايه وابنى البراج وحمزه، والقول الثانى محكى عن الشيخ فى المبسوط وابن إدريس وغيرهما،

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۶ الباب ۵ من التدبير ح۴

بل ربما نسب ذلک إلی المشهور، والمراد بروایه وشا الصحیح الذی رواه عن الرضا (علیه الصلاه والسلام) قال: سألته عن رجل دبر جاریه وهی حبلی، فقال: «إن کان علم بحبل الجاریه فما فی بطنها بمنزلتها، وإن کان لم یعلم فما فی بطنها رق»([(۱)]).

أما القول الثانی الـذی ذکر الشرائع أنه أشبه، ومراده أشبه بأصول المـذهب وقواعـده، فهو مؤید بموثقه عثمان بن عیسی الذی أجمعت العصابه علی تصحیح مـا یصـح عنه، عن الکـاظم (علیه السـلام)، قال: سألته عن امرأه دبرت جاریه لها فولـدت الجاریه جاریه نفیسه فلم تـدر المرأه المولوده مـدبره أو غیر مـدبره، فقال لی: «متی کان الحمل للمدبره أقبل أن دبرت أو بعد ما دبرت»، فقلت: لست أدری ولکن أجبنی فیهمـا جمیعـاً، فقـال: «إن کانت المرأه دبرت وبها حمل ولم تـذکر ما فی بطنها فالجاریه مـدبره والولد رق، وإن کان إنما حدث الحمل بعد التدبیر فالولد مدبر فی تدبیر أمه»([(۲)]).

وهذا ما یؤید ما عن المبسوط من نسبته فی موضع إلی روایه أصحابنا، وفی موضع آخر منه إلینا مما ظاهره الإجماع، وعن السرائر نسبته إلی مقتضی مذهبنا.

هذا بالإضافه إلی أنه مقتضـی عدم کون العمل إلاّ بالنیه وأن التصـرف فی الأم ببیع أو غیره لا یقتضـی ترتب أثر ذلک التصـرف علی الحمل الذی هو أمر آخر، فحال المقام حال سائر المعاملات، ولذا قال فی الجواهر: (ومن ذلک یظهر لک

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۶ الباب ۵ من التدبیر ح۳

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۷۵ الباب ۵ من التدبیر ح۲

عدم مكافئه الحسنه المزبوره للموثق من وجوه، فلا وجه لتقييده بها خصوصاً بعد إمكان الجمع بينهما بما عساه ينساق إلى الذهن من التفصيل بين حالى العلم وعدمه، من إراده تدبير الحمل مع أمه فى صوره العلم به وعدم استثنائه، بخلاف حال عدمه، بل لولا ذلک لخلا الحکم المزبور عن السبب والحکمه، وكونه تعبداً محضاً بعيد جداً).

وعلى أى حال، فلو شک فى أنه كان عالماً أو لا، أو مات أو جن أو ما أشبه وشک الولى والوارث فى علمه وعدمه، كان الأصل العدم.

ومنه يعلم حال التوأمين إذا علم بأحدهما دون الآخر.

ص:٣۴

مسأله ۴ شرط المدبر

(مسأله ۴): قال فی الشرائع: (لا یصح التدبیر إلّا من بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف، فلو دبر الصبی لم یقع تدبیره، وروی إن کان ممیزاً له عشر سنین صح تدبیره).

أقول: لا إشکال فی اشتراط البلوغ والعقل والقصد والاختیار وجواز التصرف فی العقود والإیقاعات فی الجمله، ولم یستثن من ذلک إلّا بعض الموارد والتی منها تدبیر الصبی البالغ عشراً.

وفی الجواهر بلا خلاف أجده فی شیء من ذلک إلّا فی خصوص البالغ عشر سنین من الأول، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافاً إلی الأدله الخاصه والعامه، خصوصاً بعد ما عرفت من کونها عتقاً فیعتبر فیه ما اعتبر فیه.

ویدل علیه الأدله العامه والخاصه التی تقدمت فی باب العتق بعد وضوح أن التدبیر نوع من العتق، وأما استثناء تدبیر الصبی الممیز مما أشار إلیه الشرائع فهو لبعض من الروایات:

فعن زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «إذا أتی علی الغلام عشر سنین فإنه یجوز له فی ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصی علی حد معروف وحق فهو جائز».

هذا بالإضافه إلی ما حکی عن الشیخ فی الخلاف من دعوی الإجماع علی الجواز وأنه نوع من الوصیه، بضمیمه ما دل علی صحه وصیه الصبی البالغ عشراً مما ذکرناه مفصلاً فی کتاب الوصیه.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول الجواهر حیث قال: (لکن قد عرفت الحال فیها بالنسبه إلی العتق، مضافاً إلی عدم انسیاق ما یشمل التدبیر من العتق فیها، أما

الوصيه فقد تقدم فى كتاب الوصيه جوازها منه بالمعروف، لكن التدبير ليس وصيه قطعاً، وإنما هو بمنزلتها فى الخروج من الثلث ونحوه لا فى الاندراج فى مفهومها بحيث يشمله لفظ (من أوصى) ولا عموم منزله يوثق به على وجه يتناول ذلك).

ثم قال الشرائع: ولا يصح تدبير المجنون والمكره ولا السكران ولا الساهى.

أقول: وذلك بالإضافه إلى وجود الإجماع المقطوع، يدل عليه الأدله العامه والخاصه فى العتق بعد كون التدبير نوعاً منه، بل والأدله الخاصه فى الوصيه بعد كونه منها أيضاً، إذ فيه جهه الأمرين ولو بالمناط.

ومنه يعلم الحال فى الغالط، والذى يريد التمثيل ومن أشبه.

بالإضافه إلى لزوم قصد القربه فى العتق على ما عرفت، ولا قصد قربه فى هؤلاء الأشخاص، ومنه يعلم عدم صحه التدبير من المحجور عليه للسفه، بل هذا هو المشهور، خلافاً لما حكى عن الشيخ من جوازه فيه، لكونه تصرفاً بعد الموت الذى يرتفع معه حكم السفه، وعن التحرير إنه استشكله وهو محل نظر، إذ ظاهر الأدله عدم صحه تصرف السفيه والمحجور عليه ولو تصرفاً بعد ارتفاع السفه أو بعد ارتفاع الحجر بأن كان متعلقهما ذلك الوقت، وكذلك إذا أجازا ما تقدم من العقد المرتبط بالمال ونحوه، وهكذا حال المحجور عليه للفلس.

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع: (وهل يصح التدبير من الكافر، الأشبه نعم، حربياً كان أو ذمياً)، إذ قد عرفت شمول إطلاق الأدله له، وقد فصلنا ذلك فى كتاب العتق.

ومن ذلك يعرف وجه النظر فيما ذكره المسالك حيث قال: يبنى الخلاف على أن التدبير وصيه أو عتق، فعلى الأول يصح من الكافر مطلقاً، لعدم اشتراط

نیه القربه، وعلی الثانی ینبی علی اشتراطها فی العتق وعدمه، وعلی أن المراد بها قصد التقرب سواء حصل أم لا، فعلی الأول لا یصح تدبیر الکافر مطلقاً، وهو خیره ابن إدریس مصرحاً بأنه عتق، وعلی الثانی یصح، وعلی الثالث یصح ممن أقر بالله تعالی کالکتابی دون غیره، ولذا قال أخیراً: والأصح صحه التدبیر فیه مطلقاً.

ثم حیث إن المدبر ملک کما دل علیه النص والفتوی وتقدم الکلام فیه، فإذا ارتد المسلم کان حکمه حکم سائر أمواله من الانتقال إلی الوارث وغیره.

ومنه یعرف موضع القبول والرد فی قول الشرائع حیث قال: (ولو دبر المسلم فارتد لم یبطل تدبیره، ولو مات فی حال ردته عتق المدبر، هذا إذا کان ارتداده لا عن فطره، ولو کان عن فطره لم ینعتق المدبر بوفاه المولی لخروج ملکه عنه، وفیه تردد).

أقول: وکأن وجه التردد ما تقدم، وما ذکر المسالک وغیره من سبق حق المدبر علی حق الوارث فلا ینتقل إلیه خصوصاً عند من منع من بیع المدبر، فإذا مات السید انعتق ثلثه لا غیر إذ لا مال له سواه.

ومما تقدم یعلم الکلام فی قول الشرائع: (ولو ارتد لا عن فطره ثم دبر صح علی تردد)، لکن لا وجه للتردد بعد ما عرفت من صحه التدبیر من الکافر، سواء کان الارتداد عن فطره أو مله، فإن المرتد الفطری إذا لم یقتل واکتسب المال یکون ملکاً له، کما ذکرناه فی الشرح وفی باب الارتداد.

کما یعلم أن مقتضی القاعده مع الشیخ، حیث قال فی الشرائع: (ولو کان عن فطره لم یصح وأطلق الشیخ الجواز، وفیه إشکال ینشأ من زوال ملک المرتد

عن فطره)، وذلک لما عرفت من فرض تجدد الملک له بعد الرده وأنه یملکه وإن زال الملک الأول.

ثم إن الجواهر قال: (ولو ارتد المملوک لم یبطل تدبیره بلا خلاف کما عن الخلاف للأصل، إلاّ أنه قیده بالارتداد الذی یستتاب فیه، وتبعه القاضی ولعله لبطلان تدبیر غیره، کما أنه یبطل تدبیر الأول لو التحق بدار الحرب عندنا کما عن المبسوط لأنه إباق وزیاده).

ثم قال الشرائع: (ولو دبر الکافر کافراً فأسلم، بیع علیه سواء رجع فی تدبیره أو لم یرجع).

أقول: وذلک لأن المدبر مملوک، والکافر لا یملک المسلم استدامهً، وقد دل الدلیل علی أنه یباع علیه، ولا فرق فی ذلک بین أن یکون مدبراً أو أن یکون قناً، فإن المدبر أیضاً ملک علی ما عرفت من النص والفتوی.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (فلو مات السید قبل بیعه علیه وقبل الرجوع فی التدبیر تحرر من ثلثه للإطلاق، ولو عجز الثلث تحرر ما یحتمله وکان الباقی للوارث، فإن کان مسلماً استقر ملکه، وإن کان کافراً بیع علیه بلا إشکال فی شیء من ذلک)، وهو کما ذکراه لإطلاق الأدله.

ومما تقدم فی کتاب العتق یظهر وجه قول الشرائع: (ویصح تدبیر الأخرس بالإشاره وکذا رجوعه، ولو دبر صحیحاً ثم خرس ورجع بالإشاره المعلومه صح)، وذلک لأنه نوع من العتق والوصیه وکلاهما صحیحان علی ما تقدم فی کتابیهما، بالإضافه إلی مطلقات الأدله التی ذکرناها فی کتاب الصلاه والبیع وغیرهما.

ص:٣٨

فصل فی أحكام التدبیر

مسأله ۱ التدبیر وصیه أو عتق أو إیقاع

فصل

فی أحكام التدبیر

وفیه مسائل:

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: التدبیر بصفه الوصیه.

وفی الریاض: (الأقوال فی المسأله ثلاثه:

أحدها: إنه وصیه كما فی العباره.

وثانیها: عتق معلق.

وثالثها: إیقاع مستقل لكنه بمنزله الوصیه فی الأحكام من نفوذه من الثلث وجواز الرجوع فیه، وعلیه كما عرفت أكثر الطائفه).

أقول: الظاهر أنه من قال عتق نظر إلی حقیقته، ومن قال وصیه نظر إلی أحكامها الجاریه فیه، ومن قال حقیقه مستقله نظر إلی أنه لیس أحد الأولین، لأن الحقیقه تقتضی الأحكام ولا أحكام للعتق، والأحكام تقتضی الموضوع ولا موضوع للوصیه، وبذلك یمكن أن یقع التصالح بین الجوانب، وإن كان هناك حكم لم یعلم ترتبه علی التدبیر أم لا، عمل فیها بمقتضی الأصل.

وهذا هو الذی مال إلیه المسالك قائلاً: (ولو قیل بأن التدبیر إیقاع برأسه وإن شابه العتق المعلق بوجه والوصیه بوجه كان حسناً، وفیه جمع بین الأدله وسلامه من تناقض الأحكام المترتبه علیه غالباً).

ص:۳۹

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا خلاف بيننا نصاً وفتوىً في أنه يجوز الرجوع فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض إن لم يكن متواتراً، ولا فرق فيه عندنا بين أن يكون قولاً، كقوله رجعت في هذا التدبير أو نقضته أو فسخته أو نحو ذلك، وفعلاً يدل على قصده الرجوع كأن يهب وإن لم يقبض أو يعتق أو يقف وإن لم يقبض أو يوصى به، خلافاً للشافعى فى أحد قوليه، سواء كان التدبير مطلقاً بأن علقه على مطلق الموت، أو مقيداً بالموت فى سفره أو مرضه، خلافاً للمحكى عن أبى حنيفه فخص الجواز بالثانى).

أقول: الظاهر أنه لا حاجه إلى لفظ أو فعل خاص إلّا فى مقام الإثبات، وإلّا فإذا رجع فى قصده وكان له مظهر رجع فى ملكه، وذلك لإطلاق أدله الرجوع الشامل لذلك فى مقام الثبوت، ومثله الإعراض عن الملك فى سائر الموارد، حيث إن مقتضى تسلط الإنسان على ماله كفايته، بل الإلقاء واللفظ دليلان عليه فيما كان قصد ومظهر، وكذا فى الدلاله فى المقامين الكتابه والإشاره وهما داخلان فى الفعل، كما أنه بعد الموت لا يحتاج الأمر إلى صيغه أخرى بالإجماع، وإطلاق الأدله دال عليه بدلاله الاقتضاء.

ويدل على جمله من الأحكام المذكوره جمله من الروايات:

مثل ما عن محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «المدبر من الثلث»، وقال: «للرجل أن يرجع فى ثلثه إن كان أوصى فى صحه أو مرض»((۱)).

وفى روايه زراره، عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «المدبر من الثلث»((۲)).

ص:۴۰

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۳۸۹ الباب ۱۹ من الوصايا ح۱
۲- الوسائل: ج۱۳ ص۳۸۹ الباب ۱۹ من الوصايا ح۲

وفی روایه هشام بن الحکم، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یدبر مملوکه أله أن یرجع فیه، قال: «نعم هو بمنزله الوصیه»((۱)).

وفی روایه معاویه بن عمار، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن المدبر، قال: «هو بمنزله الوصیه یرجع فیما شاء منها»((۲)).

وعن دعائم الإسلام، عن الباقر والصادق (علیهما السلام)، قالا: «المدبر مملوک ما لم یمت من دبره غیر راجع عن تدبیره، وله أن یرجع فی تدبیره، وإنما هو کرجل أوصی بوصیه فإن بدا له فغیرها قبل موته بطل منها ما رجع عنه وإن ترکها حتی یموت مضت من ثلثه».

قال: روینا عن أمیر المؤمنین وأبی جعفر وأبی عبد الله (علیهم السلام) أنهم قالوا: «المدبر من الثلث»((۳)).

وفی الموثق، عنه (علیه السلام)، سألته عن المدبر أهو من الثلث، قال: «نعم وللموصی أن یرجع فی وصیته فی صحه أو مرض»((۴)).

وفی صحیح محمد بن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام): «المدبر من الثلث، وللرجل أن یرجع فی ثلثه إن کان أوصی فی صحه أو مرض»((۵)).

وعن أبی بصیر، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «المدبر مملوک، ولمولاه أن یرجع فی تدبیره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره»، قال: «وإن ترکه سیده علی التدبیر ولم یحدث فیه حدثاً حتی یموت سیده فإن المدبر حر إذا مات سیده وهو

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۳۸۹ الباب ۱۹ من الوصایا ح۳

۲- الوسائل: ج۱۳ ص۳۸۹ الباب ۱۹ من الوصایا ح۴

۳- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۲ من التدبیر ح۱

۴- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۶ من التدبیر ح۱

۵- الوسائل: ج۱۶ ص۷۳ الباب ۲ من التدبیر ح۲

من الثلث، إنما هو بمنزله رجل أوصى بوصيه ثم بدا له بعد فغيرها قبل موته، وإن هو تركها ولم يغيرها حتى يموت أخذ بها»((۱)).

ومن الواضح أن الرجوع والإحداث ـ كما فى الروايه ـ لا يتحقق إلّا بالقصد والمظهر، فلا يكفى أحدهما فقط.

ثم إن الجمع بين ما فيه أنه من الثلث الظاهر فى الوصيه، وما فيه أنه بمنزله الوصيه ترجيح الثانى، إذ لا معنى لجعل الفرد بالمنزله، فلا يقال زيد بمنزله الإنسان، فحيث إن التدبير شبيه فى جمله من أحكامه بالوصيه جعل بمنزلتها.

ثم إن الشرائع قال: (وكذا لو باعه بطل تدبيره، وقيل: إن رجع فى تدبيره ثم باع صح بيع رقبته، وكذا إن قصد ببيعه الرجوع، وإن لم يقصد مضى البيع فى خدمته دون رقبته وتحرر بموت مولاه).

أقول: حيث ورد فى الروايات إنه ملكك لم يحتج الأمر إلى قصد الرجوع ثم البيع، أما فى مقام الإثبات فظاهر البيع بيع الرقبه إلّا إذا كان قصدهما بيع الخدمه، ومنه يعلم أنه نوع تشويش فى بعض العبائر التى لم يتضح فيها مقاما الإثبات والثبوت.

وعلى أى حال، فقد قال بمثل ما ذكره الشرائع جمله ممن قبله وبعده.

فعن النهايه: (التدبير بمنزله الوصيه، يجوز للمدبر نقضه ما دام فيه الروح، فإن نقضه جاز له بعد ذلك بيعه وهبته والتصرف فيه بجميع أنواع التصرف، ومتى لم ينقض التدبير وأمضاه على حاله ثم مات المدبر كان المدبر حراً من الثلث، فإن نقص عنه انعتق، وإن زاد عليه استسعى فى الباقى، ومتى أراد المدبر بيعه من غير أن ينقض تدبيره لم يجز له إلّا أن يعلم المبتاع أنه يبيعه خدمته وأنه متى مات هو كان حراً لا سبيل عليه).

ص:۴۲

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۳ الباب ۲ من التدبير ح۴

وفى القواعد: (ويجوز الرجوع فى التدبير قولاً أو فعلًا، فلو وهب وإن لم يقبض أو أعتق أو وقف أو أوصى به أو باعه على رأى أو رهنه بطل التدبير، مطلقاً كان أو مقيداً، ويصح العقد وإن لم يرجع فى التدبير سواء قصد ببيعه الرجوع أو لا، وهل يبطل التدبير بالعقود الفاسده، الأقرب ذلك إن لم يعلم فسادها أو قصد الرجوع، وقيل لا يبطل التدبير بالبيع إذا لم يرجع فيه، بل يمضى البيع فى خدمته دون رقبته).

أقول: لا ـ فرق بين المعاملات الصحيحه والفاسده، بل الإيقاع كالإعراض عنه فى أنها إن سبقها الرجوع القصدى كان رجوعاً، والفرق بين المعاملات الفاسده والصحيحه عدم وقوع فعل صحيح ينافى التدبير فى الأول بخلاف المعاملات الصحيحه حيث يقع الفعل الصحيح، فلو كان فى المعامله الفاسده قصد ومظهر كفى فى كونه رجوعاً.

وكيف كان، ففى الدروس: (صريح الرجوع: رجعت فى تدبيره أو نقضت أو أبطلت أو شبهه دون إنكار التدبير، أما لو باعه أو وهبه ولما ينقض تدبيره فأكثر القدماء على أنه لا ينقض التدبير، فقال الحسن: يبيع خدمته أو يشترط عتقه على المشترى فيكون الولاء له، وقال الصدوق: لا يصح بيعه إلاّ أن يشترط على المشترى إعتاقه عند موته، وقال ابن الجنيد: تباع خدمته مده حياه السيد، وقال المفيد: إذا باعه ومات تحرر ولا سبيل للمشترى عليه، وقال الشيخ فى النهايه: لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره إلاّ أن يعلم المشترى بأن البيع للخدمه، وتبعه جماعه والحليون إلاّ الشيخ يحيى على بطلان التدبير بمجرد البيع) انتهى.

إلى غير ذلک من كلماتهم.

وعلى أى حال فلا خلاف ولا إشكال فى صحه بيع خدمه المدبر مطلقاً أو

مقیداً بزمان أو مكان أو شرط أو ما أشبه مما لم یكن فیه جهاله وغرر، ویدل علی ذلك بالإضافه إلی أنه ملك والمالك یتمكن أن یتصرف فی ملكه عیناً أو منفعهً، جمله من الروایات الخاصه بعد ظهور اتفاقهم علیه.

ولا یخفی أن فی المقام طائفتین من الروایات: طائفه ظاهره أو مشعره بعدم صحه بیع رقبه المدبر، وطائفه تدل علی صحه بیعها، والجمع بینهما یقتضی حمل الأولی علی الكراهه ونحوها لأنه لا طریق للجمع بینهما سواه.

فمن الأولی: ما رواه أبو مریم، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سأل عن رجل یعتق جاریته عن دبر أیطأها إن شاء أو ینكحها أو یبیع خدمتها حیاته، فقال: «أی ذلك شاء فعل»((١)).

وعن أبی بصیر، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن العبد والأمه یعتقان عن دبر، فقال: «لمولاه أن یكاتبه إن شاء ولیس له أن یبیعه إلّا أن یشاء العبد أن یبیعه قدر حیاته، وله أن یأخذ ماله إن كان له مال».

وفی روایه أخری نحوه، إلّا أنه قال: «مده حیاته»((٢)).

وعن علی قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل أعتق جاریه له عن دبر فی حیاته، قال: «إن أراد بیعها باع خدمتها فی حیاته، فإذا مات أعتقت الجاریه، وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها»((٣)).

وعن السكونی، عن جعفر بن محمد، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام) قال: «باع رسول الله (صلی الله علیه وآله) خدمه المدبر ولم یبع رقبته»((٤)).

١- الوسائل: ج١٦ ص٧٤ الباب ٣ من التدبیر ح١

٢- الوسائل: ج١٦ ص٧٤ الباب ٣ من التدبیر ح٢

٣- الوسائل: ج١٦ ص٧٤ الباب ٣ من التدبیر ح٣

٤- الوسائل: ج١٦ ص٧٤ الباب ٣ من التدبیر ح٤

وعن الرضوی (علیه السلام): «والمدبر مملوک للمدبر فإن کان مؤمناً لم یجز له بیعه، وإن لم یکن جاز بیعه علی ما أراد المدبر وما دام وهو حی لا سبیل لأحد علیه، ونروی أن علی المدبر إذا باع المدبر أن یشترط علی المشتری أن یعتقه عند موته»((1)).

وفی المقنع: «وإذا أعتق الرجل غلامه أو جاریته من دبر منه ثم یحتاج إلی ثمنه فلیس له أن یبیعه إلّا أن یشترط علی الذی یبیعه إیاه أن یعتقه عند موته»((2)).

ومن الطائفه الثانیه: ما رواه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل دبر مملوکاً له ثم احتاج إلی ثمنه، فقال: «هو مملوکه إن شاء باعه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمسکه حتی یموت، فإذا مات السید فهو حر من ثلثه»((3)).

وعن یونس: «فی المدبر والمدبره یباعان، یبیعهما صاحبهما فی حیاته، فإذا مات فقد عتقا لأن التدبیر عده ولیس بشیء واجب، فإذا مات کان المدبر من ثلثه الذی یترکه، وفرجها حلال لمولاها الذی دبرها، وللمشتری الذی اشتراها حلال بشرائه قبل موته»((4)).

وعن الوشاء، قال: سألت الرضا (علیه السلام) عن الرجل یدبر المملوک وهو حسن الحال ثم یحتاج یجوز له أن یبیعه، قال: «نعم إذا احتاج إلی ذلک»((5)).

وعن إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبی إبراهیم (علیه السلام): الرجل یعتق مملوکه عن دبر ثم یحتاج إلی ثمنه، قال: «یبیعه»، قلت: کان عن ثمنه غنیاً، قال: «إن

1- المستدرک: ج3 ص44 الباب 1 من التدبیر ح4

2- المستدرک: ج3 ص44 الباب 1 من التدبیر ح5

3- الوسائل: ج16 ص71 الباب 1 من التدبیر ح1

4- الوسائل: ج16 ص71 الباب 1 من التدبیر ح2

5- الوسائل: ج16 ص71 الباب 1 من التدبیر ح3

رضی المملوک فلا بأس»((۱)).

وعن جمیل، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن المدبر أیباع، قال: «إن احتاج صاحبه إلی ثمنه»، وقال: «إذا رضی المملوک فلا بأس»((۲)).

وعن محمد بن مسلم، قال: قلت لأبی جعفر (علیه السلام): رجل دبر مملوکه ثم یحتاج إلی الثمن، قال: «إذا احتاج إلی الثمن فهو له، یبیع إن شاء وإن شاء أعتق فذلک من الثلث»((۳)).

وعن أبی بصیر، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «المدبر مملوک ولمولاه أن یرجع فی تدبیره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره»((۴)).

وعن دعائم الإسلام، عن رسول الله (صلی الله علیه وآله): «إنه أذن لرجل فی بیع مدبر أراد بیعه»((۵)).

وعن أبی جعفر وأبی عبد الله (علیهما السلام) إنهما قالا ـ: «المدبر مملوک» إلی أن قالا ـ: «إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أعتقه»((۶)).

وعن غوالی اللئالی، روی جابر الأنصاری أن رجلاً ـ أعتق مملوکاً له عن دبر فاحتاج، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «من یشتریه منه»، فباعه من نعیم بن عبد الله بثمانمائه درهم، فدفعها إلیه وقال: أنت أحوج منه((۷)).

ص:۴۶

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۲ الباب ۱ من التدبیر ح۴
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۷۲ الباب ۱ من التدبیر ح۵
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۷۲ الباب ۱ من التدبیر ح۷
۴- الوسائل: ج۱۶ ص۷۳ الباب ۲ من التدبیر ح۳
۵- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۱ من التدبیر ح۱
۶- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۱ من التدبیر ح۲
۷- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۱ من التدبیر ح۷

وعن عمر بن يزيد، قال: كتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله عن رجل دبر مملوكه هل له أن يبيع عنقه، قال: كتب (كل الطعام كان حلاً لبنى اسرائيل إلاّ ما حرم إسرائيل على نفسه)([(۱)]).

ولذا قال الجواهر بعد جمله كلام له: (فتحصل من جميع ما ذكرناه أنه لا إشكال فى بطلان تدبيره برجوعه عنه فله بيعه وغيره، وكذا لو قصد ببيعه الرجوع به، بل وكذا لو أطلق بيعه غير مستحضر لذلك أو لتدبيره، لاقتضاء البيع نقل رقبته وهو مقتض لإبطال تدبيره، نعم لو صرح ببيع خدمته مع إراده بقاء تدبيره أو ببيع رقبته كذلك ففيه إن الأصح عدم جوازه، وكذا لو أطلق البيع مريداً ذلك من غير إعلام المشترى).

أقول: لكن أخير كلامه فى عالم الإثبات، وقد عرفت أنهما مقامان، فإن قصد هو بيع الخدمه والمشترى اشتراء العين لم يقع البيع لكون مصبهما شيئين، فلم يكن عقد، نعم لو أرادا بيع الخدمه لم يضر عدم ظهور اللفظ أو الصراحه فيه، لأن الاعتبار بالمقصود الذى له مظهر من لفظ صريح أو إشاره أو كتابه أو معاطاه كما حقق فى باب المعاطاه.

ثم قال الشرائع: (ولو أنكر المولى تدبيره لم يكن رجوعاً).

أقول: وذلك لوضوح أن الإنكار ليس برجوع، نعم لو أنكر قاصداً للرجوع يكون رجوعاً، ولهذا علق الجواهر على قوله (لم يكن رجوعاً) بقوله: (لغةً ولا شرعاً ولا عرفاً، ضروره تمايز إنشاء الرجوع بالشىء وإنكار أصل إيقاعه خصوصاً إذا كان مع النسيان مثلاً).

ص:۴۷

۱- سوره آل عمران: الآيه ۹۳، والمستدرك: ج۳ ص۴۴ الباب ۱ ح۸

ثم لو علمنـا بالتـدبير ولـم نعلم أنه هـل قصـد الرجوع بالإنكـار أم لاـ كـان اللاـزم الحكم بالانعتاق بعـد الموت، إذ الإنكار ليس برجوع ولم نعلم برجوعه فالأصل بقاؤه على تدبيره.

أمـا احتمال أن يكون نفس الإنكار رجوعاً، لأن المنكر لا يريـد الشـيء، ولما ورد فى الطلاق، ففيه إنه لا ينشـئ عـدم إرادته، بل يخبر عن عـدم وقوع ذلـك سابقـاً، وبينهما فرق، والطلاق دل الأمر عليه بـدليل خاص فلا يقاس ما نحن فيه به، فقول بعضـهم إنه يكون رجوعاً فى المقام، غير ظاهر الوجه.

ص:۴۸

مسأله ۲ المعلق بموت المخدوم

(مسأله ۲): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا خلاف نصاً وفتویً فی أن المدبر عن حیاه سیده ینعتق بموت مولاه من ثلث مال المولی، فإن خرج منه، وإلا تحرر من المدبر بقدر الثلث، وحینئذ فلو لم یکن سواه عتق ثلثه).

أقول: الروایات الوارده فی المسأله خاصه بموت السید، فلا یشمل ما لو علق التدبیر بموت المخدوم، فإنها وإن کانت بعضها عامه یشمل مطلق التدبیر إلاّ أن تقیید مطلقها بمقیدها یعطی ما ذکرناه.

فعن محمد بن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام) قال: «المدبر من الثلث»((۱)).

وعن زید بن علی، عن آبائه، عن علی (علیهم السلام)، قال: «المعتق علی دبر من الثلث، فما جنی هو والمکاتب وأم الولد فالمولی ضامن لجنایتهم»((۲)).

ورواه الصدوق مرسلاً.

وعن أبی بصیر، عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «المدبر مملوک ولمولاه أن یرجع فی تدبیره، إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أمهره»، قال: «وإن ترکه سیده علی التدبیر ولم یحدث فیه حدثاً حتی یموت سیده فإن المدبر حر إذا مات سیده وهو من الثلث، إنما هو بمنزله رجل أوصی بوصیه ثم بدا له بعدُ فغیرها قبل موته، وإن هو ترکها ولم یغیرها حتی یموت أخذ بها»((۳)).

وعن دعائم الإسلام، عن أمیر المؤمنین وأبی جعفر وأبی عبد الله (علیهم السلام) إنهم قالوا: «المدبر من الثلث»((۴)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۸ الباب ۸ من التدبیر ح۱

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۷۸ الباب ۸ من التدبیر ح۲

۳- الوسائل: ج۱۶ ص۷۹ الباب ۸ من التدبیر ح۳

۴- المستدرک: ج۳ ص۴۴ الباب ۶ من التدبیر ح۱

وعنهم (عليهم السلام) في حديث آخر: «فإذا مات الذي دبره عتق من الثلث»((١)).

وعن دعائم الإسلام، عن جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام) إنهما قالا: «المدبر مملوك ما لم يمت من دبره غير راجع عن تدبيره، وله أن يرجع في تدبيره، وهو مملوك إن شاء باعه وإن شاء وهبه وإن شاء أعتقه وإن شاء أمضى تدبيره وإن شاء رجع فيه، إنما هو كرجل أوصى بوصيته فإن بدا له فغيرها قبل موته بطل منها ما رجع عنه، وإن تركها حتى يموت مضت من ثلثه»((٢)).

وعنه، عن علي وأبي جعفر وأبي عبد الله (عليهم السلام) أنهم قالوا: «لا بأس ببيع خدمه المدبر إذا ثبت المولى على تدبيره ولم يرجع عنه فيشتري المشتري خدمته فإذا مات الذي دبره عتق من ثلثه»((٣)).

إلى غيرها من الروايات.

ولذا الذي ذكرناه من كون التدبير من الثلث إنما هو فيما إذا مات المولى لا ما إذا مات المخدوم، قال في المسالك: (لو مات المخدوم في مرض موت المولى أو بعده فهو من الثلث كالمعلق على وفاه المولى، ولو كان واجباً بنذر أو شبهه فإن كان في مرض الموت لم يتغير الحكم، وإن كان في حال الصحه فإن كان المنذور هو التدبير فالأظهر أنه من الثلث أيضاً، لأنه لا يصير واجب العتق بذلك بل إنما يجب تدبيره، فإذا دبره برئ من النذر ولحقه حكم التدبير، وإن كان قد نذر عتقه بعد الوفاه فهو من الأصل كغيره من الواجبات الماليه، ومثله نذر الصدقه ونحوها بمال بعد الوفاه).

وفي التحرير ساوى بين الأمرين في خروجه من الأصل، ثم قال: (ولو جوزنا التعليق

١- المستدرك: ج٣ ص٤٤ الباب ۶ من التدبير ح٢

٢- الوسائل: ج٣ ص٤٤ الباب ٢ من التدبير ح١

٣- الوسائل: ج٣ ص٤٤ الباب ٣ من التدبير ح١

على الشرط فقال: هو حر قبل مرض موتى بيوم مثلاً، خرج من الأصل أو صرفه فى بعض النذور السابقه فى آخر يوم من أيام صحته فكذلك أو فى آخر يوم من أيام حياته على القول الآخر)، انتهى ملخصاً.

ومقتضى القاعده ما ذكره المسالك، فإنه إن قلنا إن التبرعات فى مرض الموت من الثلث كان الانعتاق المعلق بموت المخدوم فى مرض موت المولى منه لأنه عمل تبرعى، وإن أنجزه المولى فى حال الصحه إذ لم يكن التدبير لازماً، وما لم يكن كذلك كان من التبرع، فهو كما إذا قال: أعطوا زيداً ديناراً إذا مات أبوه، فمات الأب فى مرض موت المتبرع.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: قد يناقش فيما ذكره المسالك بعدم صدق التبرع به فى مرض وإن حصل تنجيزه به ولكنه بسبب حال الصحه ولا أقل من الشك والأصل الخروج من الأصل، ولعله لذا أطلق فى الدروس الخروج من الأصل مع حياه المولى.

كما يعلم الإشكال فى ما ذكره الجواهر بعد ذلك بقوله: (بل قد يناقش فى الخروج من الثلث فيما بعد الوفاه أيضاً، للأصل السالم عن معارضه إطلاق الأدله الظاهره فى وفاه المولى المدبر له، لا فيما يشمل الفرض الذى مقتضى الأصل فيه الخروج من الأصل بعد أن لم يصدق عليه أنه وصيه، ولا يندرج فى إطلاق أدله التدبير، ومما ذكرنا يعلم الحال فى ما ذكره من الأمثله للعتق المعلق على فرض جوازه).

فإن المعلق على شىء بعد موت المولى لا يؤثر فى عدم كونه من الثلث، فهو كما إذا قال: إذا مت أنا وجاء زيد ابنوا من مالى مسجداً، فهل يمكن أن يقال إنه ليس من الثلث بمجرد أنه تعليق، بعد تسليم أن ما ذكره فى حال المرض وصيه تخرج من الثلث.

ص:٥١

أما ما ذكره الجواهر بعد ذلك بقوله: (بل قد يناقش فيما ذكره فى التدبير الواجب بنذر وشبهه من التفصيل بين كونه فى المرض وبين كونه فى الصحه، بأنه مناف لما سمعته من إطلاق التحرير والدروس الذى يؤيده ما عرفت من كون الأصل الخروج من الأصل الذى ينبغى الاقتصار فى خلافه على المتيقن الذى هو التبرع المحض على وجه لا يلحق باسم الدين أو ما فى حكمه مما يخرج من الأصل، ومنه النذر ولو فى حال المرض، إلّا أن الإنصاف عدم خلوه من الإشكال).

ففيه: إنه مثل النذر ليس من الدين الخارج بالدليل بل هو وصيه، ويؤيده أنه إذا كان الأمر كذلك لملك كل إنسان أن يعطى تمام ماله بعد موته بمثل هذه العناوين الثانويه. ولعله لذا قال فى أخير كلامه: بأن الإنصاف عدم خلوه من الإشكال.

ثم قال: (وقد يناقش فيما ذكره أخيراً أيضاً، بأن مرجع النزاع إلى لفظ ضروره تبعيه النذر للقصد الذى لا ينبغى النزاع فيه بعد معلوميته ومع الإطلاق وعدم قرينه، فلا ريب فى أن التدبير اسم لنفس إنشاء التدبير بصيغته، إلّا أن تقوم قرينه على إراده أثره لا نفس الصيغه، فيكون كنذر حريته بعد الوفاه التى قد يمنع صدق اسم التدبير عليها بعد فرض عدم إنشائه بصيغته الخاصه به، وموافقه النذر للتدبير فى النتيجه لا يقتضى الاندراج فى الاسم).

لكن الظاهر عدم الفرق بين الأمرين، فسواء قال: أنت حر دبر وفاتى، أو نذر حريته بعد الوفاه كان من التدبير، وكذلك حال ما إذا كان الحريه بعد الوفاه متعلق حلف أو عهد أو شرط أو ما أشبه ذلك.

لا يقال: التدبير يمكن الرجوع فيه، وإذا تعلق النذر به أو نحو النذر لا يتمكن من الرجوع فيه.

لأنه يقال: نذر التدبير لا يزيد عن نذر المستجب، لأنه يكون كما كانت الخصوصيات

فى المستحب، فكما أنه إذا دبر جاز الرجوع كذلك إذا نذر التدبير وأجرى صيغته فقد وفى بنذره وجاز الرجوع.

أما إذا جعله شرطاً فى ضمن عقد ورجع، ففيه الكلام العام فى كل شرط هل أنه يلزم وضعاً أو تكليف محض، وقد حققناه فى كتاب المكاسب.

ثم قال الجواهر: وعلى كل حال فلا يخرج عن ملكه بالنذر المزبور إجماعاً بقسميه.

أقول: قد ذكرنا فى كتاب النذر تفصيل الكلام فى ذلك، وأن ناذر صدقه الشاه مثلاً هل له أن يذبحها ويأكلها أو يبيعها أو ما أشبه ذلك قبل تحقق النذر أم لا.

ثم إن الشرائع قال: (ولو دبر جماعه فإن خرجوا من الثلث وإلاّ ـ عتق من يحتمله الثلث وبدأ بالأول فالأول، ولو جهل الترتيب استخرجوا بالقرعه).

أقول: إذا خرجوا جميعاً من الثلث فلا إشكال، كما أنه كذلك إذا رضى الوارث بالزائد على الثلث، وإنما الكلام فيما إذا كانوا أكثر من الثلث ولم يرض الوارث، وإنما كان اللازم الخروج الأول فالأول، لما ذكرناه فى كتاب الوصيه من أنها كذلك، وهنا تقدم فى أن التدبير من الوصيه فحيث انطبقت هذه الصغرى على تلك الكبرى الكليه يأتى هنا حكمها.

وفى صوره الجهل بالترتيب أو ذكر الجميع بصيغه واحده حيث لا ترتيب يجب الاستخراج بالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل، فتأمل.

وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، قال: كما أنه لا خلاف ولا إشكال فى توزيع الثلث بينهم فمع فرض إيقاع تدبيرهم بصيغه واحده يكون الأمر كذلك.

ثم لو اختلفوا قيمه بأن كان أحدهم بقدر الثلث والآخران أكثر منه وأقل فرضاً، لم يبرر

ذلک خروج ما بقدره، بل إذا أقرع وخرج الأکثر استسعی فی الزیاده علی ما تقدم، أو الأقل أکمل من عبد آخر وهکذا.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو کان علی المیت دین یستوعب الترکه بطل التدبیر وبیع المدبرون فیه لأنه وصیه أو بمنزلتها بالنسبه إلی ذلک، وکذا ما فی معناه من التنجیز والإیصاء المتقدم علیه لفظاً فیخرج أولاً ـ ثم یعتق المدبر من الثلث الباقی).

أقول: مقتضی القاعده أن الدین المستوعب لو وهبه الدیان لم یبطل التدبیر، وإنما یبطل التدبیر إذا کان معارضاً مع الدین، ولعل هذا هو المنصرف من إطلاق الفقهاء، وقد تقدم وجه أن المقدم مقدم علی المتأخر.

ویدل علی الحکم بالإضافه إلی ما تقدم، خبر الحسن بن علی بن أبی حمزه، عن أبی الحسن (علیه السلام)، قلت له: أبی هلک وترک جاریتین قد دبرهما وأنا ممن أشهد لهما وعلیه دین، فقال: «رحم الله أباک، قضاء دینه خیر له إن شاء الله».

ومن ذیل الحدیث یظهر أن الدین مستوعب حتی یدور الأمر بین الأمرین ویکون أحدهما خیراً، وإلا لم یکن الأمر دائراً حتی یکون الخیر فی قضاء الدین، والخبر ذکره هکذا فی الجواهر.

أما فی الوسائل فقد ذکره هکذا: عن أبی الحسن (علیه السلام)، قال: قلت له: أبی هلک وترک جاریتین قد دبرهما وأنا ممن أشهد لهما وعلیه دین کثیر فما رأیک، قال: «رضی الله عن أبیک ورفعه مع محمد (صلی الله علیه وآله) وأهله، قضاء دینه خیر له إن شاء الله»[(۱)]. ولعل الجواهر نقل بالمعنی.

ومنه یعلم وجه النظر فیما ذکره الصدوق فی المقنع، قال: «ولا بأس ببیع

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۸۰ الباب ۹ من التدبیر ح۳

المدبر إذا كان على من دبره دين ورضى المملوك»((١)).

ثم قال الشرائع: (وإلّا بيع منهم بقدر الدين، أى فيما إذا لم يكن الدين مستوعباً، وهل البيع بالقرعه أو فيما إذا كان التدبير بلفظ واحد وفيما عداه يخرج الدين من المتأخر لفظاً، مقتضى ما تقدم الثانى).

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره الصيمرى على ما حكى عنه، قال: (فإن كان الدين بقدرهم مثلاً ولا تركه سواهم كتب رقعه للدين وأخرى للتركه بعد أن يقسم العبيد قسمين، وإن كان بقدر ثلث العبيد كتب ثلاث رقاع واحده للدين واثنتين للتركه، وكذلك الحكم لو أعتق المريض فى مرض الموت ومات وعليه دين واحتجنا إلى بيع بعض المعتقين) انتهى.

فإنه لم يعرف وجه تقسيم العبيد قسمين بعد كون الدين مستوعباً لهم، كما أنه لم يعرف وجه اختصاص الحكم بالصورتين اللتين ذكرهما من كون الدين بقدرهم أو بقدر ثلث العبيد، فإن الدين قد يكون أقل من الثلث أو أكثر من الثلث، ثم مقتضى القاعده فى القرعه أن تكتب الرقاع بقدر العبيد، إذ لا وجه لجعل عبد فى جانب وعبدين فى جانب وهكذا.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (فإذا أخرج بها كل من أخرج للدين تحرر ثلث من بقى، سواء كان الدين سابقاً على التدبير أو لاحقاً على الأصح الموافق للمشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً، إذ لم نعرف مخالفاً إلّا الشيخ فى النهايه التى هى متون أخبار، وليست كتاب فتوى، وتبعه القاضى ففرق بينهما فقدم التدبير على الدين إذا كان لاحقاً، وبالعكس إذا كان سابقاً).

١- المستدرك: ج٣ ص٤٤ الباب ٧ من التدبير ح١

أقول: ما ذكره المشهور هو مقتضى القاعده، إذ الإرث من بعد وصيه يوصى بها أو دين، وقد خصصت الوصيه نصاً وإجماعاً بالثلث، والتدبير من الوصيه كما تقدم فيلزم أن لا يتجاوز الثلث، ففى حديث زراره، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن المدبر أهو من الثلث، قال: «نعم وللموصى أن يرجع فى وصيته، أوصى فى صحه أو مرض»((١)).

وعن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «المدبر من الثلث، وللرجل أن يرجع فى ثلثه إن كان أوصى فى صحه أو مرض»((٢)).

أما غير المشهور فقد استدل لهم بصحيح أبى بصير، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل دبر غلامه وعليه دين فراراً من الدين، قال: «لا تدبير له، وإن كان دبره فى صحه منه وسلامه فلا سبيل للديان عليه»((٣)).

وعن الحسين بن على بن يقطين كما فى الجواهر، أو الحسين عن على بن يقطين كما عن التهذيب والاستبصار وغيرهما، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن بيع المدبر، قال: «إذا أذن فى ذلك فلا بأس به، وإن كان على مولى العبد دين فدبره فراراً من الدين فلا تدبير له، وإن كان دبره فى صحه وسلامه فلا سبيل للديان عليه ويمضى تدبيره»((٤)).

لكن هذين الحديثين لا يمكن العمل بهما بعد ما تقدم من روايه على بن أبى حمزه، عن أبى الحسن (عليه السلام)، قال: قلت له: «أبى هلك وترك جاريتين قد دبرهما

١- الوسائل: ج١۶ ص٧٣ الباب ٢ من التدبير ح٢

٢- الوسائل: ج١۶ ص٧٣ الباب ٢ من التدبير ح۴

٣- الوسائل: ج١۶ ص٧٩ الباب ٩ من التدبير ح٢

۴- الوسائل: ج١۶ ص٧٩ الباب ٩ من التدبير ح١

وأنا ممن أشـهد لهما وعليه دين كثير فما رأيک، قال: «رضـی الله عن أبيک ورفعه مع محمـد (صـلی الله عليه وآله) وأهله، قضاء دينه خير له إن شاء الله»((۱)).

بعـد كـون المراد بـأن الخيريه اللزوم، فهـو مثـل (أفمن يلقی فی النـار خير أم من يـأتی آمنـاً يوم القيـامه)((۲))، فاللازم رد علم الروايتين إلی أهلهما (عليهم السلام) لا الوجوه التی ذكرها جماعه منهم مما هی بعيده عن ظاهرهما.

ولـذا قال فی المسالک بعـد نقله الروايتين: وأجيب بحمله علی التـدبير الواجب بنـذر وشـبهه، فإنه إذا وقع كذلک مع سـلامه من الدين فلا سبيل للديان عليه، وإن نذره فراراً من الدين لم ينعقد نذره لأنه لم يقصد به الطاعه، وهو محمل بعيد.

أما صـحيح الحلبی، قلت لأبی عبد الله (عليه السلام): رجل قال إن مت فعبدی حر، وعلی الرجل دين، فقال: «إن توفی وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعی العبد فی قضاء دين مولاه وهو حر إذا أوفی»((۳)).

فلعل وجهه كما ذكره غير واحـد انعتاق جزء منه مع فرض عـدم الإحاطه فيستسـعی حينئـذ، كما تقـدم النص والفتوی الـدال علی الاستسعاء.

ثم قال الشرائع: (وكما يصح الرجوع فی المدبر يصح الرجوع فی بعضه).

أقول: وذلک هو مقتضـی القاعده بعد كون التدبير من الوصـيه، والوصـيه يجوز فيها ذلک، ومنه يعرف الوجه فی تدبير الجزء ثم الجزء الأكثر أو الأقل أو

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۸۰ الباب ۹ من التدبير ح۳
۲- سوره فصلت: الآيه ۴۰
۳- الوسائل: ج۱۳ ص۴۲۳ الباب ۴۹ من الوصايا ح۳

تدبير زيد ثم عمرو، سواء كان الأول كلًا أو جزءاً وكان الآخر جزءاً أو كلًا، إلى غير ذلك.

ولو دبر زيداً وعمرواً مرتباً ولم يعرف أن أيهما المقدم الراجع عنه، كان المجال للقرعه كما تقدم.

وكذلك لوكان التدبيران جزءاً وكلًا ولم يعرف المقدم منهما، والقرعه هنا بالنسبه إلى غير الجزء المسلّم على كلا الحالين لأنه ليس من المشكل وإنما الزائد هو المشكل، فهو كما لو عرف أنه طلق إما كل زوجاته أو هنداً فقط، حيث إن هنداً متيقن لا احتياج فيها إلى القرعه، وإنما الاحتياج بالنسبه إلى غيرها.

ص:٥٨

مسأله ۳ إذا دبر بعض عبده

(مسأله ۳): قال فی الشرائع: (إذا دبر بعض عبده لم ینعتق علیه الباقی) ومراده عتقاً معجلاً، وذلک للأصل بعد عدم شمول دلیل سرایه العتق لمثل المقام، فإن الدلیل إنما هو فی العتق المعجل لا فی العتق المدبر.

مثلاً ـ روی غیاث بن إبراهیم الرازی، عن جعفر، عن أبیه (علیهما السلام)، إن رجلاً أعتق بعض غلامه، فقال علی (علیه السلام): «هو حر کله، لیس لله شریک»((۱)).

وعن السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام)، قال: إن رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم یکن له مال غیره، قال: سمعت رسول الله (صلی الله علیه وآله) یقول: «یستسعی فی ثلثی قیمته للورثه»((۲)).

إلی غیر ذلک من الروایات التی لا تشمل المقام، وکونه آئلاً إلی العتق لا یوجب کونه معتقاً الآن لیکون مشمولاً لهذه الروایات.

ومنه یعلم أن خلاف المرتضی فیما حکی عنه من القول بالسرایه کالعتق المنجز لأنه یوجب استحقاق العتق بالموت، فصار کالاستیلاد الموجب لتقویم حصص الشرکاء علیه، غیر ظاهر، لأنه لیس إلّا استحساناً أو قیاساً، ولهذا حکی هذا القول عن بعض العامه، بل حال المقام لو أرید الاستئناس حال منذور العتق ونحوه حیث لا یوجب ذلک بمجرده انعتاق الباقی.

ولذا قال فی الجواهر فی ردهم: (إن فیه منع الاستحقاق أولاً، لجواز الرجوع، ومنع الملازمه علی تقدیر الاستحقاق ثانیاً، لعدم تحقق العتق بالفعل لعدم المقتضی، والفرق بین الاستیلاد والتدبیر أن الاستیلاد کالإتلاف حیث إنه یمنع التصرف بالبیع ونحوه ولا ـ سبیل إلی دفعه، بخلاف التدبیر کما هو واضح، ثم إذا أعتق بعض العبد بعد الموت فالظاهر أنه یستسعی لعتق بقیته لا أنه ینعتق عن

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۶۳ الباب ۶۴ من العتق ح ۱

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۶۴ الباب ۶۴ من العتق ح ۵

الميت سواء كان للميت مال أو لا من الثلث لشمول أدله الاستسعاء للمقام، ولا ينعتق على الوارث إذ ليس هو الذى أعتق، وأدله السرايه خاصه بمن أعتق.

ومنه يعلم وجه قول المسالك حيث قال: (لا ينعتق عليه أيضاً بعد انعتاق المدبر لأنه حينئذ لا يبقى المعتق موسراً لانتقال ماله عنه بالموت، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفه فوجد الصفه وهو موسر وجوزناه فإنه يعتق النصيب ويسرى).

ولا يرد عليه ما أورده الجواهر عليه بقوله: (فيه إمكان كونه موسراً بالخروج من الثلث، فإن لم يكن له ثلث غيره استسعى العبد).

ولعل قوله بعد ذلك (فتأمل) إشاره إلى ما ذكرناه من عدم ورود إيراده على الشهيد.

ومما تقدم يعلم وجه قول الشرائع: (ولو كان له شريك لم يكلف شراء حصته، وكذا لو دبره بأجمعه ورجع فى بعضه)، وذلك لأنه لا فرق بين أن يدبر من الأول البعض، أو أن يدبر الكل ويرجع فى البعض، إذ قد عرفت فى السابق أنه يصح تدبير البعض ويصح الرجوع فى البعض أيضاً، أما ما عن الشيخ بأن الأمر كذلك لو دبر الشريكان ثم أعتق أحدهما لم يقوم عليه حصه الآخر معللاً بأن له جهه يعتق لها وهو التدبير، فلا يحتاج إلى جهه أخرى، فغير ظاهر الوجه.

ولذا قال الشرائع عليه بعد نقله: لو قيل يقوم كان وجهاً، وذلك لإطلاق الأدله الشامل للمقام، لأنه لا فرق فى إطلاقها بين أن يكون له جهه يعتق لها أو لا، ولذا إذا دبر شريك ونذر شريك وأعتق أحدهما كان اللازم من إطلاق أدلته السرايه.

ومن إطلاق الأدله يعرف وجه قول الشرائع: ولو دبر أحدهما ثم أعتق وجب عليه فك حصه الآخر، فإن إطلاق الأدله شامله له.

فعن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصفه وهو صغير وأمسك الآخر نصفه حتى كبر الذى حرر نصفه»

قال: يقوم قيمه يوم حرر الأول، وأمر الأول أن يسعى فى نصفه الذى لم يحرر حتى يقضيه»((۱)).

وعن الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: «إن كان موسراً كلف أن يضمن، وإن كان معسراً خدمت بالحصص»((۲)).

إلى غير ذلك من الروايات.

ثم إن مما تقدم من عدم ظهور وجه قول الشيخ يظهر عدم الوجه هنا أيضاً لتردد الشرائع حيث قال: (ولو أعتق صاحب الحصه القنه لم يجب عليه فك الحصه المدبره على تردد)، إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده عدم منع التدبير عن السرايه، لشمول أدله السرايه للمقام.

ص:۶۱

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۲۱ الباب ۱۸ من العتق ح۴

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۲۲ الباب ۱۸ من العتق ح۷

مسأله ۴ أولاد المدبره الآبقه

(مسأله ۴): قال فی الشرائع: (إذا أبق المدبر بطل تدبیره، وکان هو ومن یولد له بعد الإباق رقاً إن ولد له من أمه).

وفی الجواهر: بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسمیه علیه.

أقول: ویدل علی ذلک متواتر الروایات: فعن محمد بن مسلم، عن أبی جعفر الأول (علیه السلام)، قال: سألته عن جاریه مدبره أبقت من سیدها مده سنین کثیره ثم جاءت بعد ما مات سیدها بأولاد ومتاع کثیر وشهد لها شاهدان أن سیدها قد کان دبرها فی حیاته قبل أن تأبق، قال: فقال أبو جعفر (علیه السلام): «أری أنها وجمیع ما معها للورثه»، قلت: لا تعتق من ثلث سیدها، قال: «لا، إنها أبقت عاصیه لله ولسیدها فأبطل الإباق التدبیر»((۱)).

وعن العلاء بن رزین، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل دبر غلاماً له فأبق الغلام فمضی إلی قوم فتزوج منهم ولم یعلمهم أنه عبد فولد له وکسب مالاً، فمات مولاه الذی دبره وجاء ورثه المیت الذی دبر العبد فطالبوا العبد فما تری، فقال (علیه السلام): «العبد وولده رق لورثه المیت»، قلت: ألیس دبر العبد، فذکر: «أنه لما أبق هدم تدبیره ورجع رقاً»((۲)).

وعن الصدوق فی المقنع، سئل أبو جعفر (علیه السلام) عن جاریه مدبره أبقت من سیدها سنین ثم إنها جاءت بعد ما مات سیدها بأولاد ومتاع کثیر، وشهد لها شاهدان أن سیدها قد کان دبرها فی حیاته من قبل أن تأبق، فقال (علیه السلام): «أری أنها وجمیع ما معها للورثه»، قیل: فلا تعتق من بیت سیدها، قال: «لا إنما أبقت عاصیه لله ولسیدها

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۸۰ الباب ۱۰ من التدبیر ح۱

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۸۱ الباب ۱۰ من التدبیر ح۲

فأبطل الإباق التدبير»((۱)).

وبعد النص والإجماع لا حاجه إلی ما ذكروه من الفرق بين الإباق والارتداد، حيث لم يكن الارتداد موجباً لبطلان التدبير مع اشتراكهما فی معصيه المولی، وكون الثانی أقوی من حيث إن معصيه الله تعالی أعظم، إذ الإباق يقتضی معصيه المولیين معاً، والمولی الآدمی يحتاج إلی خدمته فقوبل بنقض مقصوده من حيث فوتها عليه، بخلاف معصيته لله بالارتداد، فإنه غنی عنه ولا تعلق لذلك بالمولی المحتاج، ولذا رده المسالك بقوله: (وهو تكلف تعليل مع النص الذی هو الأصل فی الحكم، وينتقض بإباق من عند المخدوم والذی علق تدبيره علی موته، فإنه لا يبطل بإباقه كما سلف وسيأتی مع اشتراكهما فی الحاجه وإنما الفارق النص).

ثم لو لم يكن الإباق عصياناً بل اضطراراً، كما لو أراد المولی قتله أو اللواط به أو فر من جهه اضطرار جائر أو إكراهه أوما أشبه ذلك، لم يبطل التدبير لانصراف الأدله عنه، بالإضافه إلی التعليل فی الروايه بعصيان الله سبحانه وتعالی وعصيان سيده، وذلك ليس عصياناً لله ولا عصياناً للسيد، حيث إن المنصرف من عصيان السيد بلا سبب.

ولو لم نعلم هل كان عصيان أو لا، فهل يحمل فعله علی الصحيح لأصاله الصحه، أو لا لأن ما ظاهره خلاف الشرع يحتاج إلی المبرر وإلا رتب عليه أحكام خلاف شرع، فإذا زنت احتاجت إلی الدليل فی صحه فعلها من اضطرار أو نحوه، وإلّا حدت، لا أن فعلها يحمل علی الصحيح، إلی غير ذلك من الأمثله.

الظاهر الثانی، وكذلك إذا شك العبد بنفسه فی ذلك.

ولو أبق وهو مجنون أو طفل ممن لا تكليف له فهو كذلك غير مبطل للإباق.

ولو أبق ورجع عن الإباق

ص:۶۳

۱- المستدرك: ج۳ ص۴۴ الباب ۸ من التدبير ح۱

هـل يبطل تـدبيره أم لا، احتمالان، من ظهور النص فى عـدم رجوعه إلى ما بعـد الموت، ومن الإطلاق، ولو شك فأصاله التـدبير محكمه، ولا يرد عليها أصاله حكم الإباق لأن المتيقن من حكم الإباق صوره بقائه آبقاً إلى الموت.

ثم إن الشـرائع قـال ممزوجـاً مع الجواهر: (وأما أولاده قبل الإباق فهم على التـدبير ولا يبطل تـدبيرهم بإباقه للأصل وغيره، بل قد يمنع بطلانه بإباقهم فضـلًا عن إباقه، اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النص، على أن تدبيرهم قد جاء بالسرايه، كما تقدمت الإشاره إلى ذلك فى مسأله جواز الرجوع بهم، فلاحظ وتأمل).

وهـل يشـمل الإباق ما لو غير نفسه حتى لم يعرفه المولى وكان عنـده، الظاهر العـدم وإن كان ربما يظهر من ظاهر التعليل ذلك، لكنه ليس بحيث يعتمد عليه فى الفتوى.

أما إذا دبر المولى الآبق فلا يبطل تدبيره ببقائه آبقاً، لأن ظاهر النص والفتوى ابتداؤه لا استدامته.

كما أنه لو زعم كونه ليس بعبد ففر وكان عبداً واقعاً، لم يكن ذلك من العصيان لله سبحانه وتعالى، فلا يبطل بذلك تدبيره.

ولو فر المولى والعبد معاً من ظالم جائر، لم يكن ذلك من الإباق الموجب لبطلان التدبير كما هو واضح.

أما ميزان الإباق فهو عرفى، وإن كان ورد فى مرفوعه أحمد، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «المملوك إذا هرب ولم يخرج من مصره لم يكن آبقاً»((۱)).

ومثله ما رواه محمد بن على بن الحسين مرسلًا.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولا يبطل تدبير المملوك لو ارتد للأصل حتى لو كان عن فطره، فإذا التحق بدار الحرب بطل لأنه إباق، وحينئذ

۱- الوسائل: ج۱۶ ص ۵۱ الباب ۴۶ من العتق ح۳

لو مات مولاه قبل فراره تحرر لحصول المقتضـى، فما عن ابن الجنيـد من بطلان التـدبير بالارتداد أو الالتحاق بدار الحرب وأسـر المسلمين له واضح الضعف).

وكذلك لا يبطل التدبير لو فعل فعلاً قطع يد المولى عن نفسه، كما إذا شـرب عمداً ما يوجب شلله أو جنونه أو نحو ذلك حيث لا يستفيد المولى منه، أو زنت الأمه بحيث يأنف المولى عن استخدامها أو استفراشها بعد ذلك.

مسأله ۵ ما یکتسبه المدبر

(مسأله ۵): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ما یکتسبه المدبر لمولاه، لما عرفت من أنه رق نصاً وفتویً، بل إجماعاً بقسمیه).

أقول: قد تقدم بعض الروایات فی ذلک، مثل ما رواه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن رجل دبر مملوکاً له ثم احتاج إلی ثمنه، فقال: «هو مملوکه إن شاء باعه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء أمسکه حتی یموت، فإذا مات السید فهو حر من ثلثه»((۱)).

لکنا قد ذکرنا فی بعض مباحث الفقه الاختلاف فی أن ما یکتسبه العبد هل هو لمولاه، أو له محجوراً، فلا حاجه إلی إعاده الکلام فی ذلک، والمسأله مبنیه علی القول الأول.

ومما یؤید کون المال للعبد فلا مجال لهذا البحث ما رواه زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «إذا کاتب الرجل مملوکه أو أعتقه وهو یعلم أن له مالاً ولم یکن استثنی السید المال حین أعتقه فهو للعبد»((۲)).

وما رواه جمیل بن دراج، عن زراره، عن أحدهما (علیهما السلام)، فی رجل أعتق عبداً له وله مال لمن مال العبد، قال: «إن کان علم أن له مالاً تبعه ماله، وإلا فهو للمعتق»((۳)).

وفی روایه أخری زیاده: وقال «فی رجل باع مملوکاً وله مال إن علم مولاه الذی باعه أن له مالاً فالمال للمشتری، وإن لم یعلم البائع فالمال للبائع»((۴)).

إلی غیرها من الروایات المتقدمه فی کتابی التجاره والعتق.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۱ الباب ۱ من التدبیر ح۱

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۲۸ الباب ۲۴ من العتق ح۱

۳- الوسائل: ج۱۶ ص۲۸ الباب ۲۴ من العتق ح۲

۴- الوسائل: ج۱۶ ص۲۸ الباب ۲۴ من العتق ح۳

ثم قالا: (ولو اختلف المدبر والوارث فيما فى يده بعد موت المولى، فقال المدبر اكتسبته بعد الوفاه، وقال الوارث قبلها، فالقول قوله مع يمينه للأصل ولأنه صاحب يد، ولو أقام كل منهما بينه فالبينه بينه الوارث لأنها بينه خارج، بناءً على تقديمها على بينه الداخل، هذا كله إذا كان خارجاً من الثلث).

أقول: لو لم يأت صاحب البينه بالبينه، ولم يحلف صاحب اليمين، كان اللازم التنصيف لقاعده العدل، وليس من المشكل الذى تحكم القرعه فيه، لما ذكرناه فى بعض المباحث من أن قاعده العدل لا تدع مجالاً للإشكال.

ومنه يعلم حال ما لو لم يأت أحدهما بالبينه ولا باليمين، بأن قالا لا نعلم أو ما أشبه ذلك.

ولو اختلفا فى أن الكل لأحدهما أو البعض، كان التنازع فى قدر الفرق لتسليم كليهما قدر ما اجتمعا فيه.

ثم إنه لو كان للميت وارثان واختلفا وأحدهما صدق العبد والآخر كذبه، كان لكل حكمه.

كما أنه إذا كان هناك عبدان مدبران فأحدهما صدّق الوارث والآخر أنكر كان لكل حكمه.

ص:٦٧

مسأله ۶ لو جنى على المدبر بما دون النفس

(مسأله ۶): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا جنى على المدبر بما دون النفس كان القصاص أو الأرش للمولى لأنه مملوك له، فهو حينئذ كالقن، ولا يبطل التدبير بذلك للأصل وغيره، نعم إن قتل بطل التدبير لفوات محله، وكانت قيمته للمولى أو القصاص، ولكن يقوّم مدبراً إذ قد يقتضى التدبير إذا كان واجباً أو قلنا بعدم جواز بيع رقبه المدبر نقصاً بالنسبه إلى قيمته غير مدبر).

أقول: وهكذا حال الزياده، إذ قد تزيد القيمه فى المدبر من جهه أنه لا ضريبه من السلطان عليه، كما هو الحال فى الوقف ونحوه، وحيث إن مكان المسأله فى باب القصاص نتركها لذلك المكان.

وإذا سقط المدبر بالجنايه عن القيمه، أخذ المولى كل القيمه ويبقى المدبر خاصاً بالمولى، كما هو الشأن فى كل مال ضمنه المتعدى بما يستوعب قيمته، إذ لا ـ وجه لخروجه عن حق اختصاص المولى أو المالك، اللهم إلاّ ـ أن يقال: إنه من الجمع بين العوض والمعوض فاللازم انتقال العبد إلى الجانى.

ص:۶۸

مسأله ۷ إذا جنى المدبر

(مسأله ۷): قال فی الشرائع: (إذا جنى المدبر تعلق أرش الجنایه برقبته، ولسیده فکه بأرش الجنایه وله بیعه فیها، فإن فکه فهو على تدبیره، وإن باعه وکانت الجنایه تستغرقه فالقیمه لمستحق الأرش، فإن لم تستغرقه بیع منه بقدر الجنایه والباقی على التدبیر، ولمولاه أن یبیع خدمته وله أن یرجع فی تدبیره ثم یبیعه).

أقول: بالإضافه إلى ادعاء الجواهر عدم الخلاف فی ذلک، یدل علیه أن المدبر کالقنّ، فجنایته کجنایته، لما تقدم من الروایات الداله على أنه قن، فإذا جنى المدبر على إنسان تعلقت الجنایه برقبته کسائر العبید، فإن کان موجباً للقصاص فی النفس فاقتص منه فات موضع التدبیر فلا تدبیر، وإن عفی عنه أو رضی المولى بالمال أو کانت الجنایه توجب مالاً ففداه السید بأرش الجنایه أو بأقل الأمرین على الخلاف المقرر فی جنایه القن، أو بالأکثر لأن للطرف الحق فی أن یقول إنی أرید القصاص فیما کان لی حق القصاص أترکه لمال أکثر.

وعلى کل حال لو فکه المولى أو غیر المولى کالمتبرع بقی على التدبیر للأصل، وللمولى بیعها فی الجنایه أو بیع بعضها أو ما أشبه البیع، کالهبه المعوضه والصلح ونحوهما، فیبطل فیما بیع منه إن کلاً فکل، وإن بعضاً فبعض، فیکون کالعبد المشترک الذی دبر بعضه.

والظاهر أنه یجوز لمولاه الاقتصار على بیع خدمته منفرده عن الرقبه، کل الخدمه أو بعضها، للروایات الداله على ذلک:

فعن أبی مریم، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سئل عن رجل یعتق جاریته عن دبر أیطأها إن شاء أو ینکحها أو یبیع خدمته، فقال: «أی ذلک شاء فعل»((۱)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۴ الباب ۳ من التدبیر ح۱

وعن علی، قـال: سألت أبا عبـد الله (علیه السـلام) عن رجل أعتق جاریه له عن دبر فی حیاته، قال: «إن أراد بیعها باع خـدمتها فی حیاته، فإذا مات أعتقت الجاریه وإن ولدت أولاداً فهم بمنزلتها»((۱)).

وعن السـکونی، عن جعفر بن محمد، عن أبیه، عن علی (علیهم السـلام)، قال: «باع رسول الله (صـلی الله علیه وآله) خدمه المدبر ولم یبع رقبته»((۲)).

إلی غیرها من الروایات الداله علی ذلک.

وقـد ذکرنـا فی کتاب البیع أنه مقتضـی القاعـده وإن کان هناک اختلاف فی المسأله حتی أن بعضـهم حمل هـذه الروایات علی الإجاره لا علی البیع.

ثم إن الشرائع قال: (ولو باع رقبته صح، وکان ذلک نقضاً لتدبیره، وعلی روایه إذا لم یقصد نقض التدبیر کان التدبیر باقیاً وینعتق بموت المولی ولا سبیل علیه).

أقول: مقتضـی القاعده هو ما ذکره أولاً، أما الروایه ففی الجواهر تبعاً لغیره: (لم نعثر علیها بالخصوص، إذ لیس إلّا ما سـمعته مما هو ظاهر فی جواز بیع الخـدمه، لا أنه مع إطلاق البیع یبقی تـدبیره، ولعله لـذا قال الکرکی فی فوائده: هذا بخصوصه غیر موجود فی شیء من الروایات، ولکن المصنف حیث جمع بینها بالحمل علی ذلک حکاه بصیغه علی، ولم یقل فی روایه، فکأنه قال علی مقتضی روایه باعتبار الحمل الذی ساق إلیه اختلاف الروایات).

أقول: ومما تقـدم یظهر أنه لو باع بعض الرقبه کان ذلک نقضاً للتـدبیر بقـدره، نعم لو شـرط البائع علی المشتری أن یکون مدبراً بعد موت المولی أو بعد موت

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۴ الباب ۳ من التدبیر ح۳

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۷۴ الباب ۳ من التدبیر ح۴

المشتری أو بعد موت ثالث مثلًا کان مدبراً حسب الشرط لا علی الأصل.

ثم قال الشرائع: (ولو مات المولی قبل افتکاکه انعتق، ولا یثبت أرش الجنایه فی ترکه المولی).

أقول: اختلف الفقهاء فی ذلک، فالمشهور أنه لو مات مولی المدبر الجانی قبل افتکاکه وبیعه واسترقاقه فیها، اجتمع العتق والجنایه فیقدم العتق لسبق سببه علیها وبنائه علی التغلیب علی ما تقدم فی جمله من الروایات الداله علی تغلیب العتق، فإنها وإن لم تشمل المقام بالنص لکنها شامله للمقام بالملاک، وحینئذ یتعلق الأرش برقبته أو ماله لا بترکه المولی، ولا علی الوارث، لخروجه عن الرقیه قبل أخذ الأرش، ولأنه لا تزر وازره وزر أخری.

خلافاً للشیخ حیث قال: بأخذ الأرش من ترکه المولی، لأنه أعتقه بالتدبیر السابق فجری مجری إعتاق العبد الجانی فیما إذا قیل بنفوذ مثل هذا العتق، لإطلاق أدلته، والجنایه لا تکون سبباً للخروج عن ذلک الإطلاق بعد إمکان الجمع بین الأمرین، فیؤخذ منه أرش الجنایه أو أقل الأمرین علی الخلاف فی ذلک الباب.

ومما تقدم یعلم أنه إذا بیع للجنایه أو استرق بطل التدبیر، بعدم إمکان الجمع بینهما شرعاً وإن کان ذلک ممکن عقلًا، إلّا أن ظاهر الأدله خلافه، خلافاً لابن الجنید والقاضی فیما حکی عنهما، حیث قالا: لا یبطل التدبیر بل یستسعی العبد فی قیمه نفسه بعد موت المولی، والدروس اختاره فیما حکی عنه لصحیحه أبی بصیر، لکن فی المسالک أن الأظهر البطلان وتبعه بعض آخر.

والصحیحه المذکوره هی المرویه عن الباقر (علیه السلام)، قال: سألته عن مدبر قتل رجلًا عمداً، فقال: «یقتل به»، قلت: وإن قتله خطأً، فقال: «یدفع إلی أولیاء المقتول فیکون لهم فإن شاؤوا

استرقوه وليس لهم قتله»، ثم قال: «يا أبا محمد إن المدبر مملوك»((۱)).

وربما ذكر للشيخ مستند آخر، وهو خبر هشام بن أحمد، سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن مدبر قتل رجلًا خطأً، قال: «أى شىء رويتم فى هذا الباب»، قال: قلت: روينا عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال: يرميه إلى أولياء المقتول فإذا مات الذى دبره أعتق، فقال: «سبحان الله تعالى فيطل دم امرئ مسلم»، قلت: هكذا روينا، قال: «غلطتم بل يرميه إلى أولياء المقتول فإذا مات مدبره استسعى فى قيمته»((۲)).

وهناك قول آخر من المفيد فى المقنعه، حيث قال: «إذا قتل العبد والمدبر رجلًا حراً خطأً فديته على سيديهما، فإن لم يؤدياه دفع العبد والمدبر إلى أولياء المقتول فاسترقوا العبد واستخدموا المدبر حتى يموت سيده الذى دبره، فإذا مات سيده خرج عن الرق إلى الحريه ولم يكن لأحد عليه سبيل»((۳)).

ويمكن أن يكون مستنده حسن جميل، عن الصادق (عليه السلام)، قلت له: مدبر قتل خطأً من يضمن عنه، قال: «يصالح عنه مولاه، فإن أبى دفع إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذى دبره ثم يرجع حراً لا سبيل عليه»((۴)).

والكلام فى المقام طويل الذيل نتركه للمفصلات.

۱- الوسائل: ج۱۹ ص۷۵ الباب ۴۲ من القصاص فى النفس ح۱

۲- الوسائل: ج۱۹ ص۱۵۶ الباب ۹ من ديات النفس ح۵

۳- المقنعه: ص۱۱۸ السطر ۶

۴- الوسائل: ج۱۹ ص۱۵۵ الباب ۹ من ديات النفس ح۱

مسأله ٨ لو أبق المدبر بطل التدبير

(مسأله ٨): قال في الشرائع: (إذا أبق المدبر بطل التدبير، ولو جعل خدمته لغيره مده حياه المخدوم ثم هو حر بعد موت ذلك الغير لم يبطل تدبيره بإباقه).

أقول: وذلك لأنه مقتضى القاعده، وإنما خرج من ذلك الإباق عن السيد فيما إذا دبره دبر حياه نفسه، بالإضافه إلى صحيح يعقوب بن شعيب، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون له الخادم فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حره، فتأبق الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين، ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها إذا أبقت، قال: «إذا مات الرجل فقد عتقت»((١)).

ثم بناءً على الفرق بين التدبيرين، لو لم نعلم هل أنه مدبر بعد موت السيد أو موت آخر، لزم التخصيص لقاعده العدل، وحيث إن بعضه يتحرر كان عليه أن يستسعى في الباقي، لأن بناء العتق على التغليب على ما سبق في بعض المسائل السابقه، والأصل عدم كون قيمه غير المحرر منه على الغير، فالجمع بين الأدله يقتضي الاستسعاء خصوصاً بعد وجود مثل ذلك في جمله من الروايات التي يستفاد منها الملاك.

١- الوسائل: ج١٦ ص٨١ الباب ١١ من التدبير ح١

مسأله ۹ إذا استفاد المدبر بعد موت المولی

(مسأله ۹): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا استفاد المدبر مالاً بعد موت مولاه، فإن خرج المدبر من الثلث فالکل له، لکونه حینئذ حراً فکسبه له، وإلا کان له من الکسب بقدر ما تحرر منه والباقی للورثه، بلا خلاف ولا إشکال فی شیء من ذلک، هذا إذا کان عتقه معلقاً علی وفاه المولی، أما لو کان معلقاً علی وفاه غیره کالمخدوم وتأخر موته عن موت المولی فإنه باق علی الرقیه إلی أن یموت المخدوم، فکسبه لهم مطلقاً إلی حصول المعلق علیه).

أقول: هذا بناءً علی کون مال العبد لمولاه، وإلّا کان ماله له مطلقاً، وقد تقدم تفصیل ذلک.

أما الفرع الثانی فلأن المفروض أنه یبقی فی ملک الورثه بعد وفاه المورث حتی یحرر بموت المعلق علی موته، فیکون ماله للورثه بناءً علی أن کسب العبد لمولاه، ومما تقدم یعلم حال ما إذا کان التدبیر مشترکاً بین مولیین ومات أحدهما، أو بین مخدومین أو بین مولی ومخدوم کذلک.

ثم إن المسالک قال: (وهل یجوز للوارث الرجوع فی تدبیره بعد وفاه المولی، کما کان ذلک جائزاً للمولی، نظر من إطلاق النصوص والفتاوی بجواز الرجوع فی التدبیر ما لم یحکم بعتقه، ومن إمکان اختصاص ذلک برجوع مولی المدبر، ومن ثم لم یجز له الرجوع فی تدبیر أولاد المدبره المتجددین بعد التدبیر من حیث إنه لم یدبرهم، فکان وارثه بالنسبه إلی تدبیر المورث بمنزله المولی فی تدبیر الأولاد) انتهی.

لکنه أخیراً رجح أصاله بقاء الملک علی مالکه، وجواز تصرف المالک فی المملوک بأنواع التصرفات إلی أن یثبت المزیل، وما رجحه هو الأرجح.

وما فی الجواهر من أنه (قد یقوی خلافه للأصل الذی خرجنا عنه فی المدبر للنصوص الداله علیه الظاهره فی کونه موصیاً أو بمنزله الموصی فی ذلک المقتضیه

لعدم جواز تبديل وصيته ووجوب إبقائها، إذ هو حينئذ كمن أوصى بشيء تأخر وقته مثلًا).

غير ظاهر، لأن كون الورثه مالكاً بضميمه أن المالك يتمكن من أى تصرف يعطى حقهم فى الرجوع، وكونه وصيه إنما تنفذ إذا كان بموازينها، وليس المقام منه، ولذا يحرر قبل موت المولى إذا مات المخدوم، وإن كانت المسأله بعدُ محل تأمل.

ولو شك كان الأصل البقاء على الملك مما يعطى لهم جواز التصرف فيه بأيه كيفيه شاؤوا.

ص:٧٥

مسأله ۱۰ إذا كان له مال غائب ودبر عبدا ثم مات

(مسأله ۱۰): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا كان له مال غائب بقدر قيمته مرتين وكان قد دبر عبداً ثم مات تحرر ثلثه معجلاً وفاقاً للأكثر، لوجود المقتضی فيه بلا مانع، ووقف الثلثان، ثم كل ما حصل من المال شیء تحرر من باقی المدبر بنسبته، فلو فرض أن قيمته مائه مثلاً والمال الغائب مائتان وقد حصل منه مائه تحرر منه ثلثاه، وإن تلف المائتان مثلاً استقر العتق فی ثلثه خاصه، وعلى هذا فثلث اكتسابه بعد موت السيد له ويوقف الباقی فإن وصل المال إلى الوارث تبين عتقه أجمع وتبعه كسبه).

أقول: ربما يقال إنه من الخلط بين مقام الثبوت والإثبات، إذ المعيار الواقع لا ـ الخارج، فلو كان يصل ماله تحرر كله بمجرد الموت لإطلاق أدلته، وإلاّ لم يتحرر كذلك، ولا فرق بين المال الغائب والحاضر المجهول والمستولی عليه من جهه الغاصب ونحو ذلك.

ولو كان المال حين الوصل أقل من الثلثين ولو من جهه التنزل أو بقدر الثلثين أو أكثر ولو من جهه الترقی كان الحكم مع الحال، إذ الآن يملك الميت بقدر الثلثين أو أقل منه، فهو كما إذا كان كل المال حاضراً ثم يرتفع أو ينخفض.

وكيف كان، فإذا كان للميت مال ولو فی يد الغاصب اعتبر المجموع ماله، نعم إذا كان فی حكم التالف عرفاً اعتبر الموجود فقط، والمناط بالمال فی نفسه لا بوصوله أو لا وصوله، ولا بالعلم بالوصول وبعدم الوصول.

ومنه يعلم وجه النظر فی تعليل المسالك للمسأله، حيث شرح كلام الشرائع بقوله: (إذا دبر عبداً ومات وباقی ماله غائب عن الورثه أو دين على معسر لم يعتق جميع المدبر، لأن عتقه موقوف على أن يصل إلى الورثه من التركه ضعفه).

كما يظهر وجه النظر فيما ذكره أخيراً بقوله: (وكما توقف كسبه فی الثلثين قبل

ص:۷۶

وصول المـال توقف نفقته، بمعنى أنه ينفق عليه منه، فـإن وفى وإلاّ أكمل الوارث، فإن حضـر المال وعتق أجمع رجع الوارث بما غرم منها).

وممـا تقـدم من كون الاعتبار بالواقع لا الزعم، فإن زعم أن له مالاً ولم يكن، أو زعم عـدمه وكان، كان المعيار الواقع بتحرر كله أو بعضه.

ص:٧٧

مسأله ۱۱ إذا دبر وکاتب

(مسأله ۱۱): قال فی الشرائع: (إذا کوتب ثم دبر صح، فإن أدی مال الکتابه عتق بالکتابه، وإن تأخر حتی مات المولی عتق بالتدبیر إن خرج من الثلث، وإلاّ عتق منه الثلث وسقط من مال الکتابه بنسبته وکان الباقی مکاتباً، أما لو دبره ثم کاتبه کانت نقضاً للتدبیر، وفیه إشکال).

أقول: مقتضی القاعده جمع التدبیر والکتابه مطلقاً لإطلاق أدلتهما، ویدل علیه بالإضافه إلی ذلک، صحیح أبی بصیر، سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن العبد والأمه یعتقان عن دبر، فقال: «لمولاه أن یکاتبه إن شاء»((۱)).

بل لعله الظاهر من قول علی (علیه الصلاه والسلام) کما فی خبر وهب: «لا یباع المدبر إلاّ من نفسه»((۲)).

وفی الجواهر: (بل قد سمعت احتمال کونه المراد من النصوص المجوزه لبیعه بشرط رضاه).

ومراده مثل روایه إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبی إبراهیم (علیه السلام): الرجل یعتق مملوکه عن دبر ثم یحتاج إلی ثمنه، قال: «یبیعه»، قال: فإن کان عن ثمنه غنیاً، قال: «إن رضی المملوک فلا بأس»((۳)).

وعن جمیل، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن المدبر أیباع، قال: «إن احتاج صاحبه إلی ثمنه»، وقال: «إذا رضی المملوک فلا بأس»((۴)).

إلی غیرهما من الروایات التی تقدمت جمله منها فی بعض المباحث السابقه.

ثم قال الشرائع: (أما لو دبره ثم قاطعه علی مال لیعجل له العتق لم یکن إبطالاً للتدبیر قطعاً، وذلک لوضوح أن غایته الوعد بتعجیل العتق علی تقدیر فعل،

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۷۵ الباب ۴ من التدبیر ح۱

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۷۵ الباب ۴ من التدبیر ح۲

۳- الوسائل: ج۱۶ ص۷۲ الباب ۱ من التدبیر ح۴

۴- الوسائل: ج۱۶ ص۷۲ الباب ۱ من التدبیر ح۵

إذ المقاطعه غير لازمه لأحدهما فلا تكون نافيه، وحينئذ فالمال الذى يكتسبه العبد للمقاطعه ملك للمولى كما فى الجواهر.

ويعلم مما تقـدم أنه يصـح أن يدبره على موت مخدوم ويكاتبه المولى، أو يعكس، أو يقترنان بواسـطه المولى ووكيله أو وكيليه مثلاً.

مسأله ۱۲ لو دبر حملا

(مسأله ۱۲): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا دبر حملاً صح منضماً أو منفرداً، كما يصح عتقه، لإطلاق الأدله إذ هو آدمى مملوك، ولكن لا يسرى تدبيره إلى أمه للأصل وغيره، ويجرى عليه نفسه حكم التدبير، وحينئذ فلو رجع فى تدبيره بالقول أو بالفعل كما لو صالح عنه صح بلا خلاف عندنا، نعم لابد من معرفه صلاحيته للتدبير حينه، فإن أتت به لأقل من سته أشهر من حين التدبير صح التدبير فيه لتحققه حينئذ وقت التدبير، وإن كان لأزيد من أكثر الحمل لم يصح لتبين عدم وجوده حينئذ، وإن كان لأكثر من السته ولم يتجاوز أقصى الحمل لم يحكم بتدبيره لاحتمال تجدده وتوهم الحمل، بل الأصل تأخره كما ذكرنا ذلك غير مره).

والظاهر أن مقتضى القاعده هو الاطمينان العرفى فى حمله حال التدبير وعدمه، لأن العرف هم المعيار، نعم لو شك بلا عرف كان الأصل عدمه.

ولو شككنا فى أنه دبره حال وجوده أو لا، كان أصل صحه عمل المسلم محكماً.

ولو دبر الحمل ثم أتت باثنين أو أكثر، فإن أراد ولو ارتكازاً واحداً أقرع بينهما، وإلاّ كان الكل مدبراً، ولو شك فى قصده الأكثر ولو ارتكازاً كان الأصل عدمه، لكن ربما يحتمل تقسيم التدبير بينهما فنصف كل مدبر، ولا فرق فى كونهما على شكل واحد أو ذكراً وأنثى.

ص:۸۰

كتاب المكاتبه

اشاره

كتاب المكاتبه

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه، سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:٨٢

فصل فی بحث المکاتبه

اشاره

فصل

فی بحث المکاتبه

قال فی الجواهر: هی فی الأصل مصدر کالکتابه من الکتب بمعنی الضم والجمع، یقال کتبت القربه إذا وکأت رأسها، ومنه الکتابه لما فیها من ضم الحروف بعضها إلی بعض، والکتبه لانضمام بعضهم إلی بعض، وعرفاً اسم للعقد الخاص أو للأثر الحاصل منه أو لغیر ذلک مما سمعت مکرراً فی نظائرها، وکأن وجه المناسبه ما فیها من انضمام النجم إلی النجم أو لکتب کتاب بینهما بالعتق إذا أدی، أو لإیجاب المولی علی نفسه ذلک من کتب أی أوجب، أو لأنها توثق بالکتابه باعتبار کون عوضها مؤجلاً من شأنه الاستیثاق بالکتابه، موافقاً لقوله تعالی: (إذا تداینتم بدین إلی أجل مسمی فاکتبوه)((۱)).

أقول: لکن الظاهر الأقرب إلی الفهم العرفی أنها من الکتابه التی تحصل بین المولی والعبد، فهی مثل قولهم: کاتب فلان فلاناً، أی کتب هذا لذاک وکتب ذاک لهذا، وقد ذکرنا فی بعض مباحث (الفقه) الفرق بین المکاتبه والتکاتب، کما ذکرنا مکرراً أن الماده الواحده لا تدل إلاّ علی معنی واحد، فالاحتمالات

ص:۸۳

۱- سوره البقره: الآیه ۲۸۲

المذکوره فی کلام الجواهر من باب المصادیق لا من باب المتباینات.

وعلی أی حال، فالدلیل علی المکاتبه الأدله الأربعه:

قال سبحانه: (والذین یبتغون الکتاب مما ملکت أیمانکم فکاتبوهم إن علمتم فیهم خیراً وآتوهم من مال الله الذی آتاکم)((۱)).

والإجماع فیها قطعی بین المسلمین، فضلاً عن المؤمنین.

والعقل أیضاً دلیل علیه لحسنها فی الجمله.

روایات المکاتبه

أما الروایات فهی متواتره:

مثل ما عن الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی قول الله عز وجل: (فکاتبوهم إن علمتم فیهم خیراً)، قال: «إن علمتم لهم دیناً ومالاً»((۲)).

وعن محمد بن مسلم، عن أحدهما (علیهما السلام)، فی حدیث قال: سألته عن قول الله عز وجل: (فکاتبوهم إن علمتم فیهم خیراً)، قال: «الخیر إن علمت أن عنده مالاً»((۳)).

وعن الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی حدیث أنه قال فی قول الله عز وجل: (فکاتبوهم إن علمتم فیهم خیراً)، قال: «کاتبوهم إن علمتم لهم مالاً»((۴)).

وعن العلاء بن الفضیل، عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی قول الله عز وجل: (فکاتبوهم إن علمتم فیهم خیراً)، قال: «إن علمتم لهم مالاً»((۵)).

وعن محمد بن مسلم، عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی قول الله عز وجل: (فکاتبوهم إن علمتم فیهم خیراً)، قال: «الخیر أن یشهد أن لا إله الله وأن محمداً رسول

۱- سوره النور: الآیه ۳۳

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۸۳ الباب ۱ من المکاتبه ح۱

۳- الوسائل: ج۱۶ ص۸۳ الباب ۱ من المکاتبه ح۲

۴- الوسائل: ج۱۶ ص۸۳ الباب ۱ من المکاتبه ح۳

۵- الوسائل: ج۱۶ ص۸۳ الباب ۱ من المکاتبه ح۴

الله (صلى الله عليه وآله) ويكون بيده عمل يكتسب به أو يكون له حرفه»((١)).

وفى المقنع قال: «روى فى تفسير قوله تعالى: (إن علمتم فيهم خيراً): إن علمتم لهم مالاً»((٢)).

قال: «وروى فى تفسيرها: إذا رأيتموهم يحبون آل محمد (صلى الله عليه وآله) فادفعوهم درجه»((٣)).

وعن سماعه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العبد يكاتبه مولاه وهو يعلم أن ليس له قليل ولا كثير، قال: «يكاتبه وإن كان يسأل الناس، ولا يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال، فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض، والمؤمن معان ويقال المحسن معان»((٤)).

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال فى قول الله عز وجل: (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً): «يعنى قوه على أداء المال»((٥)).

وعن أبى جعفر وأبى عبد الله (عليهما السلام) إنهما قالا: «الخير هيهنا المال»((٦)).

وعن الجعفريات، بسند الأئمه إلى على بن أبى طالب (عليهم السلام)، إن رجلاً سأله عن قوله تعالى: (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)، قال (عليه السلام): «يعنى قوته لأداء المال»((٧)).

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قال: «كاتب أهل بريره

١- الوسائل: ج١٦ ص٨٤ الباب ١ من المكاتبه ح٥

٢- المقنع: ص٣٨. والوسائل: ج١٦ ص٨٤ الباب ١ ح٦

٣- المقنع: ص٣٨. والوسائل: ج١٦ ص٨٤ الباب ١ ح٧

٤- الوسائل: ج١٦ ص٨٤ الباب ٢ من المكاتبه ح١

٥- المستدرك: ج٣ ص٤٥ الباب ١ من المكاتبه ح١

٦- المستدرك: ج٣ ص٤٥ الباب ١ من المكاتبه ح٢

٧- المستدرك: ج٣ ص٤٥ الباب ١ من المكاتبه ح٣

وبريره كانت تسأل، فذكرت عائشه أمرها للنبى (صلى الله عليه وآله) فلم ينكر كتابتها وهى تسأل الناس»((۱)).

وعنه (عليه السلام)، إنه جلس يقسم مالاً بين المسلمين فوقف عليه شيخ كبير فقال: يا أمير المؤمنين إننى شيخ كبير كما ترى وأنا مكاتب فأعنى من هذا المال، فقال (عليه السلام): «والله ما هو بكدّ يدى ولا تراثى من الوالد ولكنها أمانه أودعتها فأنا أؤديها إلى أهلها، ولكن اجلس» فجلس والناس حول أمير المؤمنين (عليه السلام) فنظر إليهم وقال: «رحم الله من أعان شيخاً مثقلاً» فجعل الناس يعطونه((۲)).

وعن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن العبد يسأله مولاه الكتابه وليس له قليل ولا كثير، قال: «يكاتبه وإن كان يسأل الناس فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض»((۳)).

ولا يخفى أن الكتابه مستحبه وليست بواجبه نصاً وإجماعاً، ويدل عليه ما رواه الجعفريات بسند الأئمه إلى على (عليهم السلام) قال: «أربع من تعليم الله تعالى ليس بواجبات، قوله تعالى: (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)، فمن شاء كاتب رقيقه ومن شاء ترك لم يكاتب» الحديث((۴)).

وقد كانت الكتابه قبل الإسلام أيضاً، كما يدل عليه التواريخ، بالإضافه إلى ما رواه الجعفريات بسنده إلى على (عليه الصلاه والسلام)، قال: «أول من كاتب لقمان الحكيم وكان عبداً حبشياً»((۵)).

۱- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۲ من المكاتبه ح۱
۲- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۱ من المكاتبه ح۲
۳- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۲ من المكاتبه ح۳
۴- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۱۶ من المكاتبه ح۱
۵- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۱۶ من المكاتبه ح۲

وعن دعائم الإسلام، ذكر الروايتين المتقدمتين عن الجعفريات أيضاً((۱)).

والظاهر الاستحباب فی کتابه الکافر لعبده أیضاً، لأنهم مکلفون بالفروع کتکلیفهم بالأصول، کما یستحب کتابه المسلم للکافر، لإطلاق الأدله بالإضافه إلی آیه ﴿لا ینهاکم الله عن الذین لم یقاتلوکم فی الدین ولم یخرجوکم من دیارکم أن تبروهم﴾((۲))، نعم لا إشکال فی اختلاف مراتب الاستحباب من کونه موالیاً لهم (علیهم السلام) أو مسلماً أو کافراً.

کما أن الظاهر الفرق بین وجود المال أو القوه وغیرهما وأفضلیه الأول، کما هو الغالب فی المستحبات حیث لها مراتب علی ما فصل وجهه فی الأصول.

ومنه یعلم وجه التأمل فی قول الشرائع: (الکتابه مستحبه ابتداءً مع الأمانه والاکتساب، ویتأکد بسؤال المملوک، ولو عدم الأمران کانت مباحه، وکذا لو عدم أحدهما).

نعم الظاهر أن مراده من الأمانه الدیانه، وإلا فلم نجد خبراً یدل علی ذلک.

ومنه یعلم وجه النظر فی قول المسالک حیث قال: (ولو فقد الشرطان معاً لم یستحب لعدم المقتضی له، حیث إن الأمر مخصوص بالخیر المفسر بهما أو بالثانی، ولو اتصف بالأول خاصه وهو الأمانه لم یستحب لعدم المقتضی له، وربما قیل بالاستحباب أیضاً لاستعمال الخیر فیه وحده فی قوله تعالی: ﴿فمن یعمل مثقال ذره خیراً یره﴾((۳))، یعنی عملاً ـ صالحاً وهو الدین، وقوله تعالی: ﴿والبدن

۱- السمتدرک: ج۳ ص۴۵ الباب ۱ من المکاتبه ح۳
۲- سوره الممتحنه: الآیه ۸
۳- سوره الزلزله: الآیه ۷

جعلناها لكم من شعائر الله لكم فيها خير)[(۱)] أی ثواب، كما أريد بالخير المال وحده فی قوله تعالی: (وإنه لحب الخير لشديد)[(۲)]، وقوله تعالی: (إن ترک خيراً)[(۳)]، إلی أن قال: وحيث يفقد الشرطان أو الأول تكون مباحه ولا تكره للأصل، وقيل تكره حينئذ، وقواه فی المبسوط) انتهی.

فإنه بالإضافه إلی ما ذكرناه من مراتب الاستحباب الظاهره من الروايات يدل علی إطلاق الاستحباب ما تقدم من الروايات فی العتق، فإنه نوع عتق أيضاً.

ولو عارض الكتابه جهه مرجحه للعدم كان من التزاحم، كما لو كان عتقها يوجب ذهابها إلی الفساد أو نحو ذلک، أو كان عتقه يوجب التحاقه بدار الحرب أو ما أشبه، لكنه خارج عن المبحث فی المقام.

ثم إن الشرائع قال: (وليست عتقاً بصفه ولا بيعاً للعبد من نفسه، بل هی معامله مستقله بعيده عن شبه البيع).

قال فی المسالک: اختلف العلماء فی الكتابه هل هی عتق بعوض أو بيع للعبد من نفسه أو معامله مستقله، ومنشأ الخلاف وجود خواص بعض كل من الأمرين ويشتركان فی حصول العتق بالعوض، وتظهر الفائده فی لحوق جميع أحكام ما يجعل منه كالخيار، ووقوعها بلفظ البيع كالعتق بالعوض، والأظهر أنها معامله بين المولی والمملوک مستقله يتبعها أحكام خاصه، ولا يلزم من مشاركتها لبعض فی حكم أن يلحق به مطلقاً، والقول بكونها بيعاً لأبی الصلاح وابن إدريس، والاستقلال مذهب الأكثر.

۱- سوره الحج: الآيه ۳۶

۲- سوره العاديات: الآيه ۸

۳- سوره البقره: الآيه ۱۸۰

أقول: ما ذهب إليه الأكثر هو مقتضى القاعده لثبوت التغاير فى مفهوم الثلاثه عرفاً، فلا وجه لحمل بعضها على بعض حتى يلحق الكتابه أحكام ذلك المفهوم، ولا حاجه بعد ذلك إلى تجشم الاستدلال لفرقها عن البيع أو العتق بالصفه، نعم ما عن الشيخ من أنه للبائع أن يشترط لنفسه الخيار وليس للسيد أن يشترط غير ظاهر، لأن مقتضى القاعده دخول الخيار فى كل عقد باستثناء النكاح، حيث دل الدليل على عدمه فيه.

ثم إن الشرائع قال: (فلو باعه نفسه بثمن مؤجل لم يصح).

أقول: أى من جهه الكتابه.

نعم لو قصد بالبيع الكتابه لم يكن بعيداً، ولذا حكى عن المبسوط جواز وقوعها بلفظ البيع لإفاده المراد، ويؤيده خبر وهب، عن على (عليه الصلاه والسلام): «لا يباع المدبر إلاّ من نفسه».

ولا يستبعد أن يصح بيع العبد من نفسه، كما يظهر من كلام غير واحد من الفقهاء، مثلاً قال فى الدروس: (إن جوزنا بيعه عليه فإذا قال بعتك رقبتك أو نفسك بكذا فقبل عتق كشراء القريب، ولا ولاء عليه إلاّ مع الشرط عند الشيخ كما مر، ويشكل ببعد ملك الإنسان نفسه، ولو صح فكيف يكون الولاء للبائع مع أنه لم يعتقه، والاشتراط يخالف قوله (صلى الله عليه وآله): «الولاء لمن أعتق»((1))).

لكن بعض الإشكالات المذكوره غير وارد بعد عموم أدله البيع وكونه عقلائياً، والندره لا توجب انصراف الإطلاق والعموم، كما أن إشكالات الجواهر على البيع فى ذيل قول الشرائع (بعيده عن شبه البيع) بالذى يقتضى المغايره بين البائع والمشترى، والمبيع هنا هو المشترى، ويقتضى قبول المشترى بالملك

1- الوسائل: ج١٦ ص٣٨ الباب ٣٥ من العتق ح ١

وهو منتف عن المملوك، ويقتضى كون العوض ملكاً للمشترى والمعوض ملكاً للبائع، وهنا الأمران للمولى، على أن البيع انتقال عين مملوكه من شخص إلى آخر، فلابد من تحقق إضافه الملك بين المشترى والمبيع وهو منتف هنا، لتوقف الإضافه على تغاير المضافين المفقود فى المقام، ولأن ملك العبد يتوقف على حريته، وحريته موقوفه على تملكه فيدور، ولأن السيد لا يباع عبده، ومن ثم لا ـ يصح بيعه مالاً ـ آخر قولاً واحداً، ولأنه لو كانت بيعاً لثبت المال فى ذمته وعتق فى الحال كما لو أعتق على مال، إلى آخره غير ظاهر.

إذ هذه الوجوه الاعتباريه لا تتمكن أن تقاوم الإطلاق لو قيل به، وقد أجبنا عن بعضها فى كتاب البيع.

ومنه يعلم صحه الصلح بينهما، وكذلك الهبه المعوضه، نعم الاحتياط يقتضى خلافه.

ثم إن الشرائع قال: (ولا يثبت مع الكتابه خيار المجلس).

وهو كما ذكره، لما عرفت من أن الكتابه ليست بيعاً، ودليل خيار المجلس إنما ورد فى البيع حيث إن: «البيعان بالخيار مالم يفترقا»، فهو خلاف الأصل لم يثبت إلّا بدليل، والمناط غير جار.

نعم مقتضى ما تقدم أنه إن قصد البيع لم يكن به بأس، بناءً على أن العبد يملك كما اخترناه فيما سبق، فيأتى خيار المجلس فيه، ولذا بناه عليه فى الدروس قال: (لو قال له: أنت حر على ألف درهم، أو إن أعطيتنى ألفاً فأنت حر، قيل يبطل لأن العبد لا يملك، والثانى تعليق ويمكن إلحاقهما بالكتابه).

أقول: ومقتضى القاعده أن الأمر تابع للقصد، فإن قصد الكتابه صح فيهما، وإن قصد البيع فالأول صحيح، والثانى إن قصد التنجيز صح فيما نجز الحريه زمان الإعطاء، وإلّا فالتعليق ليس بإنشاء.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام الجواهر، فإنه بعد أن ذكر ما تقدم عن الدروس قال: (لم أجد ذلك لأحد من الخاصه، نعم هو فى بعض كتب الشافعيه، ومرجعه إلى مشروعيه هذين القسمين كمشروعيه الكتابه، وهو كما ترى لا يوافق أصولنا التى منها حرمه القياس، نعم قد يقال بصحه الأول باعتبار كونه شرطاً فى العتق، وقد عرفت صحته، والثانى بناءً على صحه التعليق، وليس من الكتابه فى شيء قطعاً ولا من ملحقاتها)((١)).

ثم إن مقتضى ما ذكرناه فى كتاب البيع من صحه كونه بأطراف ثلاثه أو أربعه إتيانه هنا أيضاً، فيقول زيد لعمرو: أعطيك مائه منجماً فى قبال تحرير عبدك بعنوان الكتابه، أو يقول زيد لعمرو: أعطيك كذا فى قبال حريه عبد ولدك، وإن كانت المسأله بعدُ بحاجه إلى التأمل.

ثم قال الشرائع: (ولا تصح من دون الأجل على الأشبه).

وأضاف الجواهر (الأشهر)، واستدل له (بأصاله بقاء العبد على الرقيه التى لا يعارضها إطلاق الكتابه فى الكتاب والسنه، بعد دعوى دخول الأجل فى مفهومها، أو احتماله احتمالاً مساوياً لعدمه، أو انسياق المؤجل منها خصوصاً بعد ملاحظه النصوص).

لكن لا يبعد الصحه لإطلاق بعض الأدله، وما ذكر من الأصول ونحوه لا يقاومه، بل هو الذى يستأنس له من إراده الشارع العتق، وبعد ذلك لا يمكن الاستدلال بمثل خبر العلاء فى تفسير قوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله﴾((٢))، قال: «تضع عنه من نجومه التى لم تكن تريد أن تنقصه منها»((٣)).

١- جواهر الكلام: ج٣٤ ص ٢٦٠

٢- سوره النور: الآيه ٣٣

٣- الوسائل: ج١٦ ص١٩٣ الباب ٩ من المكاتبه ح٢

شروط المكاتب

وما ورد عنه (عليه الصلاه والسلام) أيضاً فى صحيح معاويه بن وهب فى حديث المكاتبه، قلت: فما حد العجز، قال: «إن قضاتنا يقولون إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول»، قلت: فما تقول أنت، قال: «لا ـ ولا ـ كرامه، ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان فى شرطه»((١)).

إلى غيرها من الروايات، حيث إنها فيما إذا كان لها أجل، فلا دلاله فيها على عدم صحه ما لم يكن لها أجل مما هو محل الكلام.

ثم إن الجواهر قال: (بل الأولى اعتبار أجل يتمكن فيه من أداء المال عاده، فلا يكفى غيره على الأحوط).

أقول: حيث إن ظاهر أدله الكتابه احتمال التمكن، فإن كاتب مع العلم بالعجز كان خلاف الأدله، كما أنه إن كاتب محتملاً صحت بشرط أن يدفع، وإلا رد رقاً على ما سيأتى فيمن تأخرت نجومه.

ثم قال الشرائع: (ويفتقر ثبوت حكمها إلى الإيجاب والقبول).

أقول: هو كما ذكره، لأنه عقد بين العبد وسيده، وقد ذكرنا فى كتاب البيع كلاماً حول الإيجاب والقبول.

والظاهر جريان المعاطاه بأقسامها التى ذكرناها فى البيع هنا أيضاً، للصدق عرفاً ولسائر الأدله التى تقدمت فى كتاب البيع، فإشكال الجواهر فيه بقوله: (إن المعاطاه فيها لا تخلو من إشكال لعدم ثبوت سيره عليها، نعم أقواه الثبوت عند بعض للصدق عرفاً، وإن كان فيه ما فيه)، محل نظر.

ثم إن الشرائع قال: (ويكفى فى المكاتبه أن يقول: كاتبتك، مع تعيين الأجل والعوض)، وأضاف الشروح عليه: أن يقول العبد: قبلت.

١- الوسائل: ج١٦ ص٨٨ الباب ٥ من المكاتبه ح١

أقول: يشترط فى المكاتبه من المالك: البلوغ والعقل والاختيار والحريه والملك، أما إذا كان العبد مالكاً لعبد وأراد مكاتبته فاللازم إجازه السيد.

وأن لا يكون محجوراً بسفه أو فلس، إذ المفلس لا يتمكن أن يتصرف فى ماله، ولو كان التصرف على طبق المصلحه كما ذكرناه فى كتاب الحجر.

وأن يكون معيناً، فلا يصح أن يقول سيدان: أحدنا كاتب أحدكما، فيما إذا كان هناك سيدان لعبدين، أو قال أحدهما فيما إذا ملكا عبداً بالتشريك: كاتبنا نصفك، مراداً به النصف المردد بين نصفيه لا النصف بينهما، كل ذلك للأدله العامه.

أما العبد فيلزم أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً، وأن يقبل، وأن يكون معيناً قادراً على ما عرفت.

ولا يشترط اللفظ ولا العربيه ولا تقديم الإيجاب على القبول، ولا كون الإيجاب من المولى والقبول من العبد، فيصح العكس، ولا الموالاه غير العرفيه، أما العرفيه منها فالدليل منصرف إليها.

ويشترط عدم التعليق، وذلك لما ذكرناه فى كتاب البيع وغيره مما لاحاجه إلى تكراره.

ثم إن الشرائع قال: (وهل يفتقر إلى قوله: فإذا أديت فأنت حر مع نيه ذلك، قيل: نعم، وقيل: بل تكفى النيه مع العقد، فإذا أدى عتق سواء نطق بالضميمه أو أغفلها، وهو أشبه).

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعده، وهو الذى اختاره فى المبسوط ونسب إلى الأكثر، بل جعله الشيخ مقتضى مذهبنا، وإن قال فى محكى الخلاف بالاشتراط، بل نسب إلى ابن إدريس أيضاً.

واستدلوا لذلك باشتراك لفظ المكاتبه بين المراسله والمخارجه وبين المكاتبه الشرعيه، فلابد من مائز من لفظ يخرجها عن الاشتراك إلى الصريح، وفيه ما لا يخفى، للظهور والقصد، بل قد ذكرنا فى غير باب من أبواب الفقه عدم الاحتياج إلى الظهور أيضاً فيما إذا كان هناك لفظ ونيه،

إذ لا دليل على عدم الاشتراك أو المجاز أو ما أشبه، كما أنه يكفى فى النيه الارتكاز بلا حاجه إلى الإخطار.

ولذا قال فى الجواهر: (المتجه عدم الاحتياج إلى نيه ذلك وإخطاره فى البال، للاكتفاء بالإنشاء المزبور لكونه صريحاً فى ذلك، وإلا لم يجز حتى مع النيه بناءً على عدم جواز الكنايه فى العقد، وإن كان قد تكرر منا ذكر الإشكال فيه، باقتضاء إطلاق الأدله جواز العقد باللفظ الحقيقى والمجازى، إذ ليس هو إلّا كغيره من المقاصد التى تبرز بهما).

ومنه يعلم أن الروايات الداله على ذكره إنما هى بيان قسم من المكاتبه، لا ـ لأنها حقيقه المكاتبه، كما ستأتى جمله منها فى المسأله الآتيه.

ويؤيد ما رواه محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «إن المكاتب إذا أدى شيئاً أعتق بقدر ما أدى، إلّا أن يشترط مواليه إن هو عجز فهو مردود فلهم شرطهم»((١)).

وفى روايه الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى المكاتب إذا أدى بعض مكاتبته، فقال: «إن الناس كانوا لا يشترطون وهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم، فإن كان شرط عليه إن عجز رجع، وإن لم يشترط عليه لم يرجع»((٢)).

إلى غير ذلك.

ولذا الذى ذكرناه قال فى الجواهر: (من الغريب ميل الفخر وتلميذه الشهيد فى نكت الإرشاد إلى اعتبار اللفظ المخصوص مضافاً إلى الصيغه المشتمله على ذكر الأجل والعوض، بل ظاهر الثانى منهما أن ذلك من تتمه الإيجاب).

١- الوسائل: ج١٦ ص٨٥ الباب ۴ من المكاتبه ح٢

٢- الوسائل: ج١٦ ص٨٥ الباب ۴ من المكاتبه ح٣

ثم إنه إن جاء باللفظ الصريح ثم قال: أردت غيره مجازاً أو غلطاً، لم يقبل منه، وإلاّ قبل عند التنازع لأنه أبصر بنيه.

ثم قال الشرائع: (والكتابه قسمان: مشروطه ومطلقه، والمطلقه أن يقتصر على العقد وذكر الأجل والعوض والنيه، والمشروطه أن يقول مع ذلک: فإن عجزت فأنت رد فى الرق، فمتى عجز کان للمولى رده رقاً ولا يعيد عليه ما أخذ).

أقول: ويدل على ذلک متواتر الروايات، فعن معاويه بن وهب، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: إنى كاتبت جاريه لأيتام لنا واشترطت عليها إن هى عجزت فهى رد فى الرق وأنا فى حل مما أخذت منک، قال: فقال لى (عليه السلام): «لک شرطک وسيقال لک إن علياً (عليه السلام) کان يقول: يعتق من المكاتب بقدر ما أدى من مكاتبته، فقل: إنما کان ذلک من قول على (عليه السلام) قبل الشرط، فلما اشترط الناس کان لهم شرطهم»((١)).

وعن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «إن المكاتب إذا أدى شيئاً أعتق بقدر ما أدى، إلاّ أن يشترط مواليه إن هو عجز فهو مردود فلهم شرطهم»((٢)).

وعن الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى المكاتب إذا أدى بعض مكاتبته، فقال: «إن الناس كانوا لا يشترطون وهم اليوم يشترطون، والمسلمون عند شروطهم، فإن کان شرط عليه إن عجز رجع، وإن لم يشترط عليه لم يرجع»((٣)).

وعن الحسن بن على، عن أبان، عمن أخبره، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال:

١- الوسائل: ج١٦ ص٨٥ الباب ٤ من المكاتبه ح١
٢- الوسائل: ج١٦ ص٨٥ الباب ٤ من المكاتبه ح٢
٣- الوسائل: ج١٦ ص٨٥ الباب ٤ من المكاتبه ح٣

سألته عن المكاتب، قال: «يجوز عليه ما شرطت عليه»[(1)].

وعن الحلبی، قال: سمعت أبا عبد الله (علیه الصلاه والسلام) يقول في المكاتب: «كان الناس لا يشترطون إن عجز فهو رد فی الرق، فهم اليوم يشترطون والمسلمون عند شروطهم، ويجلد فی الحد علی قدر ما أعتق منه»[(2)].

وعن الحلبی أيضاً، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی المکاتب يکاتب ويشترط عليه مواليه أنه إن عجز فهو مملوک ولهم ما أخذوا منه، قال: «يأخذه مواليه بشرطهم»[(3)].

وعن محمد بن مسلم، عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی مکاتب شرط عليه إن عجز أن يرد فی الرق، قال: «المسلمون عند شروطهم»[(4)].

قال: وسئل الصادق (علیه السلام) عن المكاتب، فقال: «يجوز عليه ما اشترطت عليه»[(5)]، كذا رواه فی الفقيه.

وعن دعائم الإسلام، عن أبی جعفر (علیه السلام)، إنه قال فی مکاتب شرط عليه إن عجز رد فی الرق، قال: «المسلمون عند شروطهم». قال أبو عبد الله (علیه السلام): «إذا شرط ذلک فعجز رد فی الرق وکان الناس أولاً ـ لا يشترطون ذلک وهم اليوم يشترطونه والمسلمون عند شروطهم»[(6)].

وعن الراوندی فی نوادره بإسناده الصحيح، عن موسی بن جعفر، عن آبائه (علیهم السلام)، قال: قال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «لو أن مکاتباً أدی مکاتبته ثم بقی عليه

1- الوسائل: ج16 ص86 الباب 4 من المكاتبه ح4

2- الوسائل: ج16 ص86 الباب 4 من المكاتبه ح5

3- الوسائل: ج16 ص86 الباب 4 من المكاتبه ح6

4- الوسائل: ج16 ص86 الباب 4 من المكاتبه ح7

5- الوسائل: ج16 ص86 الباب 4 من المكاتبه ح8

6- المستدرک: ج3 ص45 الباب 4 من المكاتبه ح1

أوقيه رد فی الرق»((۱)).

وعن الجعفريات روايته عنه مثله((۲)).

وعن غوالی اللئالی، عن النبی (صلی الله علیه وآله) أنه قال: «المشروط رق ما بقی علیه درهم»((۳)).

وعنه (علیه السلام) قال: «المكاتب رق ما بقی علیه درهم»((۴)).

وعنه (علیه السلام) قال: «أيما رجل كاتب عبداً علی مائه أوقيه فأداها إلاّ عشره أواقی، وأيما رجل كاتب عبداً علی مائه دينار فأداها إلاّ عشره دنانير فهو مكاتب»((۵)).

وعن قاسم بن سليمان، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «إن علياً (علیه السلام) كان يستسعی المكاتب أنهم لم يكونوا يشترطون إن عجز فهو رقيق».

قال: وقال أبو عبد الله (علیه السلام): «لهم شروطهم».

قال: وقال (علیه السلام): «ينتظر بالمكاتب ثلاثه أنجم فإن هو عجز رد رقيقاً»((۶)).

ومنه يعلم أن الروايات المطلقه محموله علی ذلك، مثل ما عن عبد الله بن الحسن، عن علی بن جعفر، عن أخيه موسی بن جعفر (علیهم السلام)، قال: سألته عن مكاتب قوم أعتق بعضهم نصيبه ثم عجز المكاتب بعد ذلك ما حاله، قال: «يعتق بما يعتق ثم يستسعی فيما بقی»((۷)).

كما يعلم لزوم حمل بعض الأخبار المنافيه للأخبار المتقدمه علی التقيه أو

۱- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۴ من المكاتبه ح۲
۲- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۴ من المكاتبه ح۳
۳- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۴ من المكاتبه ح۵
۴- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۴ من المكاتبه ح۶
۵- المستدرك: ج۳ ص۴۵ الباب ۴ من المكاتبه ح۷
۶- الوسائل: ج۱۶ ص۸۶ الباب ۴ من المكاتبه ح۹
۷- الوسائل: ج۱۶ ص۸۷ الباب ۴ من المكاتبه ح۱۰

على الاستحباب أوما أشبه، لأن العامه جعلوا المكاتبه قسماً واحداً وهو المشروط عندنا، فلا يعتق إلّا بأداء جميع المال.

ففى خبر جابر، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد فى الرق فعجز قبل أن يؤدى شيئاً، فقال أبو جعفر (عليه السلام): «لا يرد فى الرق حتى يمضى ثلاث سنين ويعتق منه بمقدار ما أدى، فإذا أدى ضرباً فليس لهم أن يردوه فى الرق»((١)).

ولذا ذكر الشيخ فى محكى كلامه فى وجه هذه الروايه وما أشبهها: إنها محموله على أحد شيئين، أحدهما أن تكون وردت موافقه للعامه، والوجه الآخر أن تكون محموله على الاستحباب دون الوجوب.

ومنه يعلم الوجه فى الرضوى (عليه السلام) قال: «والمكاتب حكمه فى الرق والمواريث حكم الرق إلى أن يؤدى النصف من مكاتبته، فإذا أدى النصف صار حكمه حكم الحر، لأن الحريه إذا صارت والعبوديه سواء غلبت الحريه على العبوديه فصار حراً فى نفسه، وأنه إذا أعتق عتقه أجاز فإن شرط أنهم أحرار فالشرط أملك، وعلى ما بقى من الكتابه أداه حتى يستتم ما وقعت الكتابه عليه، وإنما بلغت الحريه فى النصف وما بعد إذا لم يمكنه إذا يبقى عليه كان ممنوعاً من البيع، وإن مات أجرى مجرى الأحرار»((٢)).

ثم إن الشرائع قال: (وحد العجز أن يؤخر نجماً إلى نجم، أو يعلم من حاله العجز عن فك نفسه، وقيل: أن يؤخر نجماً عن محله وهو مروى).

لا يخفى أن الظاهر لزوم كون الأجل والمقدار معيناً، فلا يصح أن يقال: كاتبتك بشىء من المال،

١- الوسائل: ج١٦ ص٨٨ الباب ٤ من المكاتبه ح١٤

٢- المستدرك: ج٣ ص٤٥ الباب ٤ من المكاتبه ح٤

أو يقال: بقدر ما كاتب زيد عبده وهما لا يعلمان القدر، أو أحدهما لا يعلمه، وذلك لدليل الغرر وانصراف الأدله فی المقام إلی ذلک، أما إذا كان عند العرف معلوماً وإن لم يعلم هو قوته الشرائيه فالظاهر عدم البأس به، كما إذا كان عراقياً ولا يعرف نسبه دينار الكويت عن دينار العراق، فيقول فی الكويت: كاتبتک بمائه دينار كويتی، فإنه يصح لعدم الدليل علی لزوم مثل هذه المعرفه، ولذا تعارف التعامل فی بلد آخر بنقدهم وإن لم يعلم المتعامل النسبه بين نقدهم ونقده.

وكما تصح المكاتبه بالنقد تصح بغيره مما له قيمه، من ثوب أو بيض أو دهن أو غير ذلک، بل بالمنفعه كأيجار الدار، والحق كما لو قال: أكاتبک علی أن تعطينی غرفتک من المدرسه الموقوفه، إلی غير ذلک للإطلاق والمناط.

وكذلک حال الأجل، فلو قال: إلی أجل ما ولم يعينه بطل، أما إذا قال: إلی أول الشهر ولم يعلم هل بقی منه عشره أيام أو عشرون يوماً لم يضر، وقد ذكروا مثله فی باب الإقامه من كتاب الصلاه.

ويصح كل شرط جائز فی المكاتبه بمعرفه كليهما، إذ لولم يعرف أحدهما يوجب الغرر المبطل، كأن يقول: إلی أن تسلمنی المال فی البلد الفلانی أو فی المكان الفلانی أو بالشرط الفلانی ونحو ذلک، بدليل «المؤمنون عند شروطهم».

أما شرح العباره المتقدمه عن الشرائع فقد قال فی المسالک: (إذا عجز المكاتب عن مال الكتابه أو بعضه جاز للمولی الفسخ فی الجمله، لكن إن كانت مشروطه رجع رقاً بالعجز ولو عن درهم من آخر المال، وإن كانت مطلقه وكان عجزه عن النجم الأول فكذلک).

إلی أن قال: (وقد اختلف الأصحاب فی حد العجز،

فـذهب الشـيخ فى النهايه وأتباعه إلى أن حـده تأخير نجم إلى نجم آخر، بمعنى تأخير مال أجل إلى أن يحل أجل آخر ويجتمع المالاـن على الحلول، سواء كـان ذلـك التـأخير بسـبب العجز عنه أو بالمطل أو بالغيبه بغير إذن المولى، وإطلاق اسم العجز على هذا الشق مجاز باعتبار قسيميه، ولمشاركته العجز فى المعنى، أو يعلم من حاله العجز بعد حلول النجم عن أدائه وإن لم يؤخر إلى نجم.

وذهب جماعه منهم المفيـد والشـيخ فى الاسـتبصار وابن إدريس وكثير من المتأخرين إلى أن حـده تأخير النجم عن محله، سواء بلغ التـأخير نجمـاً آخر أم لاـ وسواء علم من حـاله العجز أم لاـ حتى لو كان قادراً على الأداء فمطل به جاز الفسـخ إذا أخره عن وقت حلوله ولو قليلاً، وفى المسأله أقوال أخر شاذه أعرضنا عن ذكرها) انتهى.

أما ما أشار إليه الشـرائع بأنه مروى ــ أى القول الثانى ــ فهو صـحيح معاويه بن وهب، عن الصادق (عليه الصـلاه والسـلام)، قال: سألته عن مكاتبه أدت ثلثى مكاتبتها وقـد شـرط عليها إن عجز فهى رد إلى الرق ونحن فى حل مما أخـذنا منها وقد اجتمع عليها نجمان، قال: «ترد ويطيب لهم ما أخذوه»، وقال: «ليس لها أن تؤخر النجم بعد حله شهراً واحداً إلاّ بإذنهم»((1)).

وصـحيحه الآخر عنه (عليه الصـلاه والسلام) قال: قلت له: إنى كاتبت جاريه لأيتام لنا واشترطت عليها إن هى عجزت فهى رد فى الرق وأنا فى حل مما أخذت منك، قال: فقال لى: «لك شرطك، وسيقال لك إن علياً (عليه السلام) كان يقول: يعتق من

١- الوسائل: ج١٦ ص٨٩ الباب ٥ من أبواب المكاتبه ح٢

المكـاتب بقـدر مـا أدى من مكـاتبته، فقل: إنما كان ذلك من قول على (عليه السـلام) قبل الشـرط، فلما اشترط الناس كان لهم شرطهم»، فقلت له: ومـا حـد العجز، فقـال: «إن قضاتنـا يقولون إن عجز المكـاتب يؤخر النجم إلى النجم الآـخر حـتى يحول عليه الحول»، قال قلت: فما تقول أنت، فقال: «لا ولا كرامه، ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان ذلك فى شرطه»((١)).

ثم من روايات النجم يسـتظهر الاستحباب بالنسبه إلى الأكثر، لما عن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه الصلاه والسلام) إنه قـال: «لاـ يرد فى الرق حتى يتوالى نجمـان»، يعنى أنه يمهـل إذا عجز عنـد محـل النجم إلى ما بينه وبين أن يحل عليه الثانى، فإذا حل عليه الثانى ولم يؤد رد فى الرق((٢))، هذا من تفسير دعائم الإسلام.

وعن الصـدوق فى المقنع، الـذى هو متون الروايـات: «وإن كـاتب رجـل عبـده واشـترط عليه إن عجز فهو رد فى الرق فله شـرطه وينتظر بالمكاتب ثلاثه أنجم فإن هو عجز رد رقيقاً»((٣)).

وعـن الجعفريـات بسـند الأـئمه إلى على (عليهـم الصـلاه والسـلام) قـال: «المكـاتب إذا عجز لـم يرد فى الرق حـتى تتـوالى عليه نجمان»((٤)).

وعن الحسـين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه، عن على (عليهم السـلام): «كان يؤجل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلوّمه فإن أقام بحريته وإلاّ رده رقيقاً»((٥)).

١- الاستبصار: ج۴ ص٣٣ الباب ١٨ ح١
٢- المستدرک: ج٣ ص۴۵ الباب ۵ من المكاتبه ح١
٣- المستدرک: ج٣ ص۴۵ الباب ۵ من المكاتبه ح٣
۴- المستدرک: ج٣ ص۵ ط الباب ۵ من المكاتبه ح۴
۵- قرب الإسناد: ص۵٢، والوسائل: ج١۶ ص٨٩ الباب ۵٢ ح٣

وعن أبی البختری، عن جعفر، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام) مثله، إلّا أنه قال: «فإذا أدی، وإلّا رده رقیقاً»((۱)).

وعن جابر، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: سألته عن المکاتب یشترط علیه إن عجز فهو رد فی الرق، فعجز قبل أن یؤدی شیئاً، فقال أبو جعفر (علیه السلام): «لا یرده فی الرق حتی یمضی ثلاث سنین ویعتق منه بمقدار ما أدی، فإذا أدی ضرباً فلیس لهم أن یردوه فی الرق»((۲)).

وعن إسحاق بن عمار، عن جعفر، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام)، کان یقول: «إذا عجز المکاتب لم ترد مکاتبته فی الرق ولکن ینتظر عاماً أو عامین فإن قام بمکاتبته وإلّا رد مملوکاً»((۳)).

وعن القاسم بن سلیمان، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «إن علیاً (علیه السلام) کان یستسعی المکاتب أنهم لم یکونوا یشترطون إن عجز فهو رقیق». قال: وقال أبو عبد الله (علیه السلام): «لهم شروطهم». قال: وقال (علیه السلام): «ینتظر بالمکاتب ثلاثه أنجم فإن هو عجز رد رقیقاً»((۴)).

ولذا قال الشیخ: إن الوجه فی هذه الروایات أحد شیئین: أحدهما أن تکون وردت موافقه للعامه لما تقدم فی روایه معاویه بن وهب، والوجه الآخر أن تکون محموله علی الاستحباب دون الوجوب.

صبر المولی مع عجز العبد

وقال فی الشرائع: (ویستحب للمولی مع العجز الصبر علیه)، وذلک واضح لا لهذه الروایات فحسب، بل لاستحباب الصبر علی المدیون مطلقاً.

أما تحدید الصدوق العجز بالثلاثه فغیر ظاهر الوجه إلّا أن یرید الندب

۱- قرب الإسناد: ص ۷۰، والوسائل: ج۱۶ ص۸۹ الباب ۵ ح۴

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۸۸ الباب ۴ من المکاتبه ح۱۴

۳- الوسائل: ج۱۶ ص۸۷ الباب ۴ من المکاتبه ح۱۳

۴- الوسائل: ج۱۶ ص۸۶ الباب ۴ من المکاتبه ح۹

والظاهر أن التأخير عرفى لا دقى، لأن العرف هم الملقى إليهم الكلام، فالمعيار ما يفهمونه، ومن الواضح أنهم لا يفهمون الدقه كما ذكرناه فى الأصول.

فقول الجواهر: (ويتحقق بصدق اسمه بالتأخير عن المحل ولو لحظه، مع فرض كون المراد من الشرط تحقق أصل ماهيته)، محل تأمل.

وهل التأخير موضوعى حتى إذا علم بعجزه جاز له الفسخ أو طريقى، لا يبعد استفاده العرف الثانى، ولذا يقال لمن لا يقدر على المشى إطلاقاً إنه عاجز عن المشى الآن وغداً، فقول الجواهر: (المراد بالعلم هنا الظن الغالب لتعذر العلم حقيقه، ويمكن تخلفه ولو ببذله من أحد مثلاً قبل حلول النجم الثانى)، لا يخفى ما فيه.

نعم لو قطع بالعجز فرده فى الرق فظهر خلافه لم يكن لرده أثر لكشف الخلاف، والواقع هو مدار الحكم لا القطع.

والظاهر أن المراد بالعجز أعم من نفس العبد، فلو حصل من متبرع ولو بيت المال لم يكن من العجز فى شىء.

ثم إن (نجم) بمعنى ظهر، ولذا يقال لكل من الكوكب والنبات النجم، قال سبحانه: ﴿والنجم والشجر يسجدان﴾(١)، بناءً على تفسيره بالنبات بمناسبته للشجر كما ذكروا، وإن كان يحتمل إرادته الكوكب بمعنى أن كل شىء فى الكون ساجد لله سبحانه وتعالى وخاضع لأمره، سواء فى أعلاه كالكوكب أو أسفله كالشجر.

قال فى المسالك: (يطلق النجم غالباً على الأجل وأصله الوقت، ومنه فى الحديث: «هذا إبان نجومه»، يعنى النبى (صلى الله عليه وآله) أى وقت ظهوره، ويقال: كان العرب لا يعرفون الحساب ويبنون أمرهم على طلوع النجوم والمنازل، فيقول أحدهم: إذا طلع نجم الثريا أديت حقك، فسميت الأوقات نجوماً، ثم أطلق على المال

١- سوره الرحمن: الآيه ۶

المكاتبه عقد لازم

المجعول عليه فى ذلك الأجل، وهذا هو المراد هنا)((١)).

ثم إن الشرائع قال: والكتابه عقد لازم، مطلقه كانت أو مشروطه، وقيل: إن كانت مشروطه فهى جائزه من جهه العبد لأن له أن يعجز نفسه والأول أشبه، ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه بل يجب عليه السعى، ولو امتنع يجبر، وقال الشيخ: لا يجبر وفيه إشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابه وجوب السعى فكان الأشبه الإجبار، لكن لو عجز كان للمولى الفسخ.

أقول: مقتضى القاعده هو ما اختاره الشرائع تبعاً لجماعه من الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين، وذلك لأنها عقد والأصل فى العقود اللزوم، لعموم قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)((٢))، وقد ذكرنا تفصيله فى كتاب البيع، وحيث كان عقد الكتابه لازماً لا فرق فى ذلك بين السيد والعبد، ولا بين الكتابه المطلقه والمشروطه.

نعم قد عرفت استثناء صوره عجز العبد حيث يفسخ السيد إن شاء، كما أنه قد تقدم صحه اشتراط حق الفسخ لكل منهما لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، وعليه فإذا تعاجز العبد أجبر لأداء حق المولى، كما أن المولى لو أراد رفع يده عن القبول أجبر على القبول كسائر العقود.

أما القول الثانى: وهو أنها لازمه من طرف السيد وجائزه من طرف العبد مطلقاً، فهو قول الشيخ فى الخلاف، واحتج عليه بإجماع الفرقه وأخبارهم، لكن من الواضح أنه لا إجماع فى المسأله ولا أخبار خاصه، ولعله أراد ما استفاده من أخبار الاستحباب.

والقول الثالث: لزوم المطلقه من الطرفين، والمشروطه من طرف المولى،

١- مسال ك الأفهام: ج ١٠ ص ۴٣١
٢- سوره المائده: الآيه ١

وقد اختاره الشيخ فى محكى مبسوطه، فإنه بعد أن حكى خلاف قوم أنها لازمه من جهه المولى وجائزه من جهه العبد، وآخرين أنها لازمه مطلقاً، قال: والذى يقتضيه مذهبنا أن الكتابه إن كانت مطلقه فهى لازمه من الطرفين وليس لأحدهما الفسخ، وإن كانت مقيده فهى لازمه من جهه السيد وجائزه من جهه العبد، فإن عجز لم يجبر على الاكتساب.

وقد تبع ابن إدريس الشيخ فى هذا المذهب، ووجه ذلك بما أشار إليه الشيخ فى الخلاف من جواز رده فى الرق مع عجزه، فدل على أن له تعجيز نفسه وإلا لوجب عليه التكسب ولم يجز رده.

ولا يخفى أن العجز غير التعجيز، وما فى الروايات هو العجز لا التعجيز، فلا يكون العجز دليلًا على صحه التعجيز أيضاً.

ولذا قال فى المسالك: (لا يخفى ضعفه فإن جواز رده فى الرق مع عجزه لا يدل على جواز تعجيزه نفسه اختياراً، وإنما يدل على أنه مع العجز حقيقه عن أداء ما عليه يجوز فسخها وهذا لا نزاع فيه).

ثم الظاهر أنه إن كان عاجزاً عن الجميع لم يجب عليه التكسب بالنسبه إلى البعض لأنه داخل فى مصداق العاجز.

وهناك قول رابع: وهو جواز المشروطه من الطرفين، والمطلقه من طرف المكاتب خاصه، نسب إلى ابن حمزه، وفى المسالك وغيره: هو قول غريب لا شاهد له فى الأخبار ولا الاعتبار.

ثم ذكر الشرائع: أنه لو اتفقا على التقايل صح، وهو مقتضى القاعده، بل فى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، لما عرفت فى الإقاله من تناول دليلها لسائر المعاوضات التى منها عقد الكتابه، وإنما الخارج من أدل الإقاله هو النكاح بالدليل الخاص، والإيقاعات كالطلاق ونحوه، وسائر العقود داخله فى أدله الإقاله،

ص:١٠٥

بل لا يبعد صحه الإقاله فى المكاتبه المطلقه إذا أدى البعض أيضاً بالنسبه إلى ما بقى لا بالنسبه إلى ما مضى، لأن الجزء الحر لا يرد رقاً، كما دل على ذلك النص والإجماع.

وحيث يصح التقايل يصح تغيير العقد ببنائهما، كما إذا كانت الكتابه بمائه فى خمس سنين فجعلاها بخمسين فى سنتين ونصف أو غير ذلك، لأن ذلك مركب من الإقاله وعقد جديد فيشملها دليلهما.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا يصح لو أبرأه من مال الكتابه، لإطلاق أدله الإبراء الشامل للمقام، فإن المال فى ذمه العبد المكاتب لمولاه، وحينئذ فينعتق بالإبراء، لأنه بحكم الوصول، وأولى منه الاحتساب عليه من الحقوق كما هو واضح، ولو أبرأ من بعض صح وانعتق بحسابه لو كانت مطلقه). وهو كما ذكراه.

ومنه يعلم صحه التصالح بينهما على تغيير الأجل أو الثمن، كما يصح أخذ المولى المال من إنسان ثالث وإن لم يرض العبد، أما إذا لم يرض المولى فلاـ يصح إلاّـ بإعطاء العبد، إذ لا يصح التصرف فى المولى بدون رضاه ــ على تأمل ــ ولو أعطاه للعبد وأعطاه العبد للمولى لم يحق للمولى عدم القبول بعد كون المال أصبح للعبد، إلاّ أن يكون هذا شرطاً ضمنياً أو نحوه.

ثم قال الشرائع: (ولا تبطل بموت المولى، وللوارث المطالبه بالمال، وينعتق بالأداء إلى الوارث).

وهو كما ذكره، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، لأن ذلك مقتضى كونه عقداً، فهو كسائر العقود اللازمه التى لا تبطل بموت أحد الطرفين، ولو كان الوارث متعدداً فلكل بقدر حصته حتى الزوجين، وإلى أن يصل الأمر إلى الإمام، ولبعضهم أن يهب أو يصالح أو يبرأ أو غير ذلك، كل ذلك لعمومات الأدله وإطلاقها.

ص:١٠٦

وقد تقدم اعتبار البلوغ والعقل والاختيار وجواز التصرف وغير ذلك بالنسبه إلى كلا الطرفين، نعم الظاهر صحه أن يكاتب المولى عن العبد غير الكامل بالجنون وغير البلوغ ونحوهما، لأنه وليه.

ولو كاتب المريض ففى الدروس والقواعد يصح إن خرج من الثلث أو أجاز الوارث لأنه معامله على ماله بماله، وفى الجواهر: (قلت: قد يقال إن ذلك لا يكفى فى كونه تبرعاً، فالمتجه الصحه من الأصل مع فرض عدم المحاباه كغيرها من المعاوضات).

أقول: بل قد ذكرنا فى كتاب الوصيه وغيره صحه تصرف الإنسان فى ماله ما دام فيه الروح ولو بالنسبه إلى كل المال، ولو كان الأمر على نحو المحاباه.

ثم إن الشرائع قال: (وهل يعتبر الإسلام، فيه تردد والوجه عدم الاشتراط).

أقول: عدم الاشتراط هو المشهور، بل فى الجواهر: إن لم يكن إجماعاً، بل عن بعضهم الاعتراف بمجهوليه القائل بالاشتراط.

وعلى هذا لا فرق فى صحه مكاتبه الكافر سيداً أو عبداً، بين أن يكون معترفاً بالله أو منكراً له، نعم قد تقدم الكلام فى المرتد وأنه حيث إن العبد يخرج عن ملكه إلى ملك الورثه لا يتمكن من مكاتبته، وقد ذكرنا فى باب الارتداد صحه تملك المرتد من جديد حتى الفطرى منه، فإذا تملك عبداً من جديد وكاتبه لم يكن فيه بأس، نعم إذا لم تصح الكتابه فى مذهب السيد الكافر أو العبد الكافر لم تنعقد بالنسبه إلينا لقاعده الإلزام، ومنه يعلم أنه لو صحت عنده لا عندنا نلزمه بما يصح عنده.

ثم إن الشرائع قال: (فلو كاتب الذمى مملوكه على خمر أو خنزير وتقابضا حكم عليهما بالتزام ذلك، ولو أسلما لم يبطل، وإن لم يتقابضا كان عليه القيمه).

أقول: الحكم كما ذكره، وإن كان فى تقييد الأمر بالذمى تأمل، إذ غير

الـذمى من الحربى والمعاهـد والمحايـد كـذلك إذا حـاكموا عنـدنا، أمـا أنه إذا تقابضـا حكم عليهما بالتزام ذلك لوضوح أنهم ألزموا نفسـهم به، فنحن نلزمهم به، كسـائر الموارد من البيوع والمهور والـديون والرهون وغير ذلـك ممـا ألمعنا إليها فى مباحث (الفقه).

أما إذا لم يتقابضا وقد أسـلما أو أسلم أحدهما فإنما عليه القيمه، لأن الإسلام يبطله عطاءً وأخذاً، فإذا أسلم السيد لم يعط العبد له إلّا القيمه، وكذلك العكس لعدم صحه ذلك عند أحدهما.

وكذلك الحال إذا كان الأمر بين المخالفين، أو كان أحدهما مخالفاً وكاتبا على ما لا يصح عند المستبصـر كالنبيذ، وقد استبصر بعد ذلك أحدهما أو كلاهما.

وإذا كان مسلم مخالف وكافر وكاتبا على ما لا يصح عندنا كالنبيذ، لم يضر ذلك إذا لم يستبصر أحدهما لقاعده الإلزام.

والظـاهر أنه لو تغير الاجتهاد أو التقليـد كان اللازم عمل من تغير اجتهاده أو تقليـده حسب رأيه الجديـد لأنه الحجه بالنسـبه إليه الآن، فتأمل.

ولو أصـر أحدهما على رأيه الجديد والآخر على رأيه السابق، لاختلافهما اجتهاداً أو تقليداً تقاضـيا، فإذا حكم القاضى بشىء ولو خالف اجتهادهما أو تقليدهما لزم عليهما تنفيذه، لما ذكرناه من الميزان فى كتاب القضاء.

ومنه يعلم ضعف الاحتمالين الآخرين فى المسأله، حيث إن فى المسالك فى فرع أنه إن لم يتقابضا وأسلما أو أسلم أحدهما كان عليه القيمه، ذكر احتمـال جريـان القول بالسـقوط باعتبـار أنه رضـى بـالعوض المحرم فيـدام عليه حكم رضاه، وقـد تعـذر قبضـه بالإسلام بالنسبه إلى المستحق عليه، ورد الجواهر له حيث قال: (قلت: أولى من ذلك احتمال البطلان لتعذر ملك العوض).

ثم لو أسلما بعد تقابض البعض مضى فى المقبوض ولزمه القيمه للباقى، وذلك لمقتضى الدليلين، ولا يرد على ذلك تبعض الصفقه، لأن الشارع جعله هكذا حسب موازين الأدله، وما جعله الشارع لا يعطى فيه الخيره لأحد الطرفين، ولو شك فى ذلك فالاستصحاب محكم.

ثم قال الشرائع: (ويجوز لولى اليتيم أن يكاتب مملوكه مع اعتبار الغبطه للمولى عليه، وفيه قول بالمنع).

أقول: القول الأول هو المشهور، والقول الثانى للشيخ فى محكى المبسوط، واستدل له بأن الكتابه شبيهه بالتبرع من حيث إنها معامله على ماله بماله، ومن الواضح ضعف هذا الدليل لأنه وليه فى المصلحه وقد فرض المصلحه فى ذلك، أو عدم المفسده على ما اختاره جماعه من المحققين، وقد ذكرنا ذلك فى كتاب النكاح فى بابه، قال سبحانه: ﴿إصلاح لهم خير﴾((1))، مضافاً إلى صحيح معاويه بن وهب المتقدمه، حيث قال لأبى عبد الله (عليه السلام): إنى كاتبت جاريه لأيتام لنا واشترطت عليها إن هى عجزت فهى رد فى الرق((2))، الحديث.

والظاهر أن الولى سواء كان كالأب والجد أو القيم على الأيتام أو الحاكم الشرعى كلهم فى حكم واحد لوحده الدليل فى جميعهم، فتخصيص الجواهر بالولى الإجبارى حيث قال: (بل قد يقال بالجواز للولى الإجبارى مع عدم المفسده وإن لم تكن غبطه) محل تأمل، اللهم إلّا أن يقصد بالولى الإجبارى مطلق الأولياء، وكان القيد توضيحياً.

مكاتبه المرتد

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (ولو ارتد ثم كاتب عبده المسلم

١- سوره البقره: الآيه ٢٢٠

٢- الوسائل: ج١٦ ص٨٥ الباب ٤ من المكاتبه ح١

لم يصح، إما لزوال ملكه عنه كما إذا كان عن فطره، بل لا يصح كتابته لعبده الكافر فضلاً عن المسلم، أو لأنه لا يقر المسلم فى ملكه إذا كان عن مله، نعم لو كان كافراً صح لبقاء ملكه له).

أقول: لا يخفى أن ما ذكره الشرائع هو مقتضى القاعده، لأن الكافر يجبر على نقل ملكه عن عبده المسلم، ومن الواضح أن الكتابه لا توجب الانتقال التام عن الملك، لأنها أولاً مترddه بين الخروج عنه والبقاء، ثم فى صوره الخروج يكون الخروج بعد مده ــ على ما ذكروا ــ لا فوراً، بينما ظاهر الأدله وجوب الخروج فوراً، نعم إذا كان الخروج بالكتابه فوراً ــ على ما اخترنا صحه الكتابه الفوريه سابقاً ــ لم يكن وجه لعدم الصحه، لأن الكتابه لا تنافى دليل الخروج فيجمع بين الدليلين.

أما ما ذكره الجواهر حيث قال: (قد يقال بصحه مكاتبته وترتب أحكامها لو فرض عدم بيعه وتعذر قهره، أو لم يعلم الحاكم به، لأنها ليست من السبيل المنفى، واحتمال عدم صحتها لمنافاتها للبيع المأمور به يدفعه إمكان التزام بيعه بعد وقوعها مكاتباً)، فغير ظاهر لأنه مبنى على مسأله الترتب، وقد ذكرنا فى الأصول عدم إمكانه، نعم ربما يقال بوجود المناط فى المقام، فإن الشارع أراد عدم سبيل الكافر على المسلم فإذا لم يمكن بغير الكتابه لزم بها فتصح.

ثم قال الشرائع: (ويعتبر فى المملوك البلوغ وكمال العقل، لأنه ليس لأحدهما أهليه القبول).

أقول: قد ذكرنا المسأله فيما سبق، وقد عرفت عدم تماميه ما ذكره، لأن الدليل قام على قيام السيد والأب والجد مقام المملوكين أى غير البالغ وغير العاقل، فقول الجواهر: (لا دليل على قيام السيد والأب والجد مقامهما فى هذه المعامله

المخالفه للأصل المنساق من موارد أدلتها كتاباً وسنهً العبد المكلف، لا أقل من الشك ولو بملاحظه ما سمعته من الإجماع المزبور)، غير ظاهر الوجه، وإلّا لأمكن أن يقال إن كل المعاملات لا تجرى بالنسبه إلى غير البالغ وغير العاقل بنفس هذا الدليل، أى ما استدل به بقوله: (للأصل المنساق من ظاهر أدلتها كتاباً وسنهً) فأى فرق بين المقام وسائر المقامات.

ثم قال الشرائع: وفى كتابه الكافر تردد أظهره المنع، لقوله تعالى: (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)((١))، وقد حكى هذا القول عن الأكثر، واستدل له بالآيه المباركه حيث إن الكافر لا خير فيه، وقد أيد ذلك بأنه يعطى المكاتب من الزكاه وذلك ممنوع فى الكافر، وبآيه الموادّه للكافر.

لكن كل ذلك لايكون دليلاً يقف أمام الإطلاق، إذ قد عرفت تفسير الخير فى الآيه بالمال.

بالإضافه إلى أنه لو أخذ بإطلاقه فالكافر فيه الخير أيضاً كما فى المؤمن، والإعطاء من الزكاه إذا كان له مانع فى المقام لا يمنع الإطلاق المذكور، ولذا أجاز مكاتبه غير المؤمن مع أنه ورد أن المخالف إذا استبصر أعاد الزكاه لأنه وضعها فى غير موضعها، بالإضافه إلى أنه لا دليل على أن الكافر لا يعطى من الزكاه، ولذا يعطى الكافر إذا كان من المؤلفه، أو كان من الجبات، أوما أشبه ذلك، وقد قال (صلى الله عليه وآله) فيما حكى عنه: «لكل كبد حراء أجر»، فإذا كان كافر يموت جوعاً فهل لا يعطى من الزكاه، ويؤيده إعطاء الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) من بيت المال للنصرانى((٢))، وغير ذلك مما ذكرناه فى بعض المباحث.

١- سوره النور: الآيه ٣٣

٢- الوسائل: ج١١ ص٤٩ الباب ١٩ من جهاد العدو ح١

والله لم ينه عن المواده عن مطلق الكافر، ولـذا قال سبحانه: (لا ينهاكم الله عن الـذين لم يقاتلوكم فى الـدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم)[(۱)]، وبـذلك يمكن منع إجماع المرتضـى كما حكى عن الانتصار، وابن زهره كما حكى عن الغنيه، بالإضافه إلى أن فى الجواهر: (أنه ليس فى الانتصار سوى أنه مما انفردت به الإماميه وليس ذلك إجماعاً، وعـدم نقل الخلاف لا يقتضـى عـدمه، بل لعله ظاهر كل من لم يتعرض لاشتراطه فى صـحه الكتابه من القـدماء، بل المحكى عن الشـيخ فى موضع من المبسوط والقاضـى الصـحه فى المولى المسـلم فضلًا عن الكافر الذى لا تلازم بينه وبين المسلم) ولذا اختار غير واحد من المتأخرين صحته.

وعلى أى حـال، فلاـ فرق فى الكـافر بين المرتـد وغيره، والنـاصبى والخـارجى ونحوهمـا فتأمـل، ولو كان ارتـداداً عن فطره، فإن المرتـد الفطرى يقسم مـاله، لاـ أنه لاـ يملـك بعـد ذلـك، فقول الجواهر: (نعم لاـ يصـح كتابه المرتـد عن فطره منه لعـدم قابليته للملـك، بـل فى الـدروس وإن كان عن مله، جوزه الشـيخ لأن له أهليه المعاوضه وهو مطالب بالفرق بل البطلان هنا أولى لعـدم إقراره على ردته، وإن كـان قـد ينـاقش بـأن ذلـك لاـ ينافى قابليته للمعاوضه الثابته بالأصل وغيره، وكفى بـذلك فارقاً بينه وبين الفطرى الذى انقطعت استدامه تملكه فضلا عن ابتدائه)، محل نظر.

بالإضـافه إلى أنه من الممكن أن يعطى غيره النجوم، فلاـ منافـاه بين عـدم تملكه وبين كتـابته، بـل ذلـك هو مقتضـى الجمع بين الأدله.

أما كتابه الكافر لعبده الكافر

۱- سوره الممتحنه: الآيه ۸

فهو بمنئى عن أمثال بعض الاستدلالات المتقدمه فى كتابه المسلم لعبده الكافر.

ثم إنك قد عرفت أنه لا يشترط الأجل فى الكتابه بل تصح حاله، ومنه يعلم وجه النظر فى قول الشرائع: (وأما الأجل ففى اشتراطه خلاف، فمن الأصحاب من أجاز الكتابه حاله ومؤجله، ومنهم من اشترط الأجل وهو أشبه، لأن ما فى يد المملوك لسيده ولا تصح المعامله عليه، وما ليس فى ملكه يتوقع حصوله فيتعين ضرب الأجل).

إذ أولاً: قد عرفت أن العبد يملك.

وثانياً: على تقدير عدم ملكه، أى فرق بين ما فى يده الآن وما يحصله بعد ذلك، بعد فرض أن كل ما يحصله يكون للسيد.

وحيث قد عرفت عدم اشتراط الأجل مطلقاً فيكفى أجل واحد، بل فى الجواهر: (إنه كذلك عندنا وعند أكثر العامه لإطلاق الأدله خلافاً لبعضهم، فاشترط كونه نجمين فصاعداً، لأنه المعهود من عمل الصحابه والتابعين، ولأن الكتابه مأخوذه من الكتب بمعنى الضم باعتبار ضم النجوم فيها بعضها إلى بعض).

ولا يخفى ما فى الدليلين، فإن إطلاق الأدله يقف أمامهما.

ومنه يعلم وجه ما فى الشرائع: (لا حد فى الكثره إذا كانت معلومه كما هو المشهور)، بل فى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال.

نعم يجب أن تكون الكثره بحيث لا تخرج عن المتعارف، إذ الأدله منصبه على المتعارف، لأنهم الملقى إليهم الكلام، ولا مانع لأن تكون الكثره بحيث يموت المكاتب فيها، ولذا قد أطلق الشهيد فى بعض تحقيقاته على ما حكى عنه جواز التأجيل مطلقاً، وحكم بانتقال الحكم إلى الوارث بعد الموت، أما اشتراط العلم

فلنهى النبى (صلى الله عليه وآله) عن الغرر، والروايه وإن كانت ضعيفه سنداً لكنها مرويه عنه (صلى الله عليه وآله) فى كتب الخاصه والعامه، وقد عمل بها الفقهاء قديماً وحديثاً، فلا إشكال فى الاعتماد، بالإضافه إلى أنه ادعى الإجماع فى المقام على ذلك.

أما قول الشرائع بعد ذلك: (ولابد أن يكون وقت الأداء معلوماً، فلو قال: كاتبتك على أن تؤدى إلى كذا فى سنه، بمعنى أنها ظرف الأداء لم يصح).

ففيه: إن مثل ذلك ليس بجهاله ولا غرر، ولذا خالف أبو على والخلاف وغيرهما فى ذلك وقالوا بالصحه فى مثله، نعم إذا كان الوقت طويلاً جداً كما لوقال: أن تؤدى فى خمسين سنه أو ما أشبه مما يعده العرف غرراً لم يصح.

ثم قال الشرائع: (ويجوز أن تتساوى النجوم وأن تختلف).

وفى الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق الأدله وعمومها، كما يجوز تساوى المقادير فيها واختلافها)، وهو كما ذكراه.

كما أنه يجوز تشابه مقادير النجوم وعدم التشابه، كأن يشترط أن يعطيه مثلاً النجم الأول مناً من الحنطه، والنجم الثانى مناً من الشعير وهكذا.

وكذلك يصح جعل موضع واحد لتسليم النجوم أو مواضع متعدده، إلى غير ذلك مما يشمله الإطلاقات.

ولذا قال فى الشرائع بعد ذلك: (وإذا قال: كاتبتك على خدمه شهر ودينار بعد الشهر صح إذا كان الدينار معلوم الجنس، ولا يلزم تأخير الدينار إلى أجل آخر).

فإنه جمع فى العوض بين المال والخدمه، كما أنه يصح أن يجمع فى العوض بين المال والحق كحق التحجير، أو الخدمه والحق، بل أو مثل طلاق زوجته،

كأن يقول: كاتبتك على أن تطلق زوجتك أو تنكح فلانه أو ما أشبه، فإنه وإن كان للسيد الحق فى أن يفعل ذلك لكنه لا يريد الضغط على العبد بجهه من الجهات بفرض إرادته عليه فيجعل عمل العبد فى قبال حريته كما يجعل ما اكتسبه _ على القول بملك السيد له _ فى قبال حريته.

ثم قال الشرائع: (ولو مرض العبد شهر الخدمه بطلت الكتابه لتعذر العوض) وهو كما ذكره.

كما أن الحال كذلك فيما إذا سجن العبد أو منع عنه مانع سماوى أو أرضى.

نعم ذكر فى الجواهر أنه لو كان بعده الدينار وكانت مطلقه لم تبطل وروعى أداء المال وعتق منه بنسبته، وهو كما ذكره، فإنه كما إذا أدى بعضاً ولم يؤد بعضاً، نعم إذا كان أحدهما مقيداً بالآخر فبذهاب أحد الجزأين يذهب الكل، لأن المقيد عدم بعدم قيده.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو قال: كاتبتك على خدمه شهر بعد هذا الشهر، قيل: والقائل الشيخ: تبطل بناءً على القول باشتراط اتصال المده بالعقد، وفيه تردد بل منع).

أقول: مقتضى القاعده هو ما ذكره الجواهر من المنع، فلا وجه لقول الشيخ ولا لتردد المحقق، إذ لا دليل على اشتراط اتصال المده.

والظاهر صحه اشتراط خدمته وخدمه ولده الصغير مثلاً الذى هو وليه، أما اشتراط خدمته بخدمه زوجته فالظاهر الصحه أيضاً لأنه من باب الشرط، كما إذا باعه بشرط موافقه أبيه ولا يحتاج إلى سلطه العبد على زوجته فى ذلك.

ثم قال: (ولو كاتبه ثم حبسه مده، قيل: والقائل الشيخ فى المحكى عن المبسوط: يجب أن يؤجله مثل تلك المده، لأن القدر الواجب من التأجيل الإمهال فى تلك المده ولا قيمه له فيضمنه بمثله، وقيل: والقائل الشيخ أيضاً فى موضع

آخر من المبسوط: لا يجب بل يلزمه أجرته مده احتباسه، وهو أشبه).

أقول: وهـذا هو مقتضـى القاعـده، لأـن تفويت عمـل حر أو عبـد على ما اخترناه فى كتاب الغصب يوجب إعطاء بـدله، فإن كان العبد ذا صـنعه وجب احتساب أجره صنعته فيما إذا كان يزاولها العبد، لأن مثل هذا العبد له أجره، أما العبد الذى لا يزاول صنعته فلا أجره له عرفاً، أما إذا تعددت الصنعه فمقتضى القاعده أن ما يزاولها هو المعيار كما ذكرناه فى كتاب الغصب.

فالقول بأنه يجب أجره الأغلب وقوعاً بالنسبه إليه أو الأجره الأعلى منها أو الأجره المتوسطه لا دليل عليها، نعم لو كان يزاول هذه تاره وتلك أخرى كانت الأجره باعتبار الجميع، كما أن الأجره تكون باعتبار المتوسط فيما تجرى فيه قاعـده العدل، ومما ذكرناه فى حبس السـيد عبـده يعلم مـا إذا كـان حبسه غيره من الظلمه، أما إذا حبسه العادل فحيث لا أجره تبطل الكتابه فيما ليس يقـدر مزاوله العمل فى الحبس، كما يتعارف فى بعض المحابس.

شروط العوض

ثم إن الشرائع قال: (وأما العوض فيعتبر فيه أن يكون ديناً منجماً معلوم الوصف والقدر مما يصح تملكه للمولى، فلا تصح الكتابه على عين، ولا مع جهاله العوض، بل يذكر فى وصفه كل ما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع الجهاله).

أقول: قد عرفت أنه لا يلزم أن يكون ديناً، ولا أن يكون منجماً، أما العلم بالوصف والقدر وما أشبه فهو لازم لما عرفت من الغرر، نعم لزومه لدفع الغرر لا لأكثر من ذلك، وأما صـحه ملكيه المولى فلوضوح أنه لو كان العبد كافراً والمولى مسـلماً لا يصح جعل الخمر ونحوها عوضاً، لأن المولى لا يملكها شرعاً على ما تقدم.

ومنه يظهر ما لو كان بينهما اختلاف فى المذهب أو التقليد.

والظاهر صحه جعله عوضاً فيما إذا كان ملكاً للغير وأباح الغير للعبد ذلك

ببدل أو بغير بدل، فهو كما إذا قال: أعتق عبدك عنى أو أعتق عبدى عنك أو ما أشبه ذلك مما صححناه فى كتاب البيع.

أما مع جهاله العوض فقد عرفت أنه غرر فلا تصح المكاتبه مع الجهاله، وكأنه جعله فى قبال ما تقدم من العلم بالوصف والقدر، لأن الإنسان قد يعرف وصف الشىء وقدره ولا يعرف حقيقته، كما إذا عرف أنه بقدر منّ وأنه من النوع الجيد، لكنه لم يعرف هل هو حنطه أو شعير، إلى غير ذلك.

أما قوله: (بل يذكر فى وصفه كلما يتفاوت الثمن لأجله بحيث ترتفع الجهاله) فلم يظهر وجهه، إذ ليس المعيار بالثمن وإنما المعيار بالغرر وغيره، فقد يكون اختلاف الثمن موجباً للغرر وقد لا يكون، مثلًا الواحد جنساً ووصفاً وقدراً تختلف أثمانه أحياناً باعتبار قربه من الصحن الشريف فى العتبات المقدسه وبعده عنها، فالخبز قرب الصحن بدرهم وإن كان فى آخر البلد كان بنصف درهم وهكذا، إلى غير ذلك من الأمثله.

وعلى أى حال، فالمقام مثل غيره من البيع والإجاره والرهن وغيرها لوحده الدليل فى الجميع.

فقوله: (فإن كان من الأثمان وصفه كما يصفه فى النسيئه، وإن كان عوضاً وصفه كصفته فى السلم) محل تأمل، بل معياره ما يرفع الغرر لا أكثر من ذلك.

وعلى ما ذكرناه فيصح أن يكون بدل مال الكتابه عيناً خارجيه، أو كلياً مشاعاً، أو كلياً فى الذمه، أو كلياً فى المعين، بل أو مردداً على ما رجحناه فى بعض مباحث الفقه.

ثم قال الشرائع: ويجوز أن يكاتبه بأى ثمن شاء ويكره أن يتجاوز قيمته.

أقول: أما الأول فلما تقدم من إطلاق الأدله، بالإضافه إلى بعض الروايات: فعن أبان، عمن أخبره، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل ملك مملوكاً له مال فسأله

صاحبه المكاتبه أله أن لا يكاتبه إلّا على الغلاء، قال: «نعم»((۱)).

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه سئل عن مملوك سأل الكتابه هل لمولاه أن لا يكاتبه إلّا على الغلاء، قال: «ذلك إليه ولا توقيت فى الكتابه»((۲)).

وعن غوالى اللئالى، عن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «إذا أدى المكاتب قدر قيمته عتق، وكان ما بقى عليه من مال الكتابه ديناً عليه»((۳)).

وأما كراهه التجاوز بالقيمه، ففى الجواهر بلا خلاف أجده فيه، بل فى الرياض ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، ولعله لمنافاته للإرفاق وللإحسان الذى بنى عليه مشروعيه الكتابه، مضافاً إلى قاعده التسامح، ويؤيده ما ورد من أن ربح المؤمن على المؤمن حرام، وما أشبه ذلك مما ورد فى باب البيع بعد وحده المناط فى الأمرين عرفاً.

ثم إنه لما تقدم من جواز الكتابه حسب إطلاق الأدله بكل ما يجوز البيع به قال فى الشرائع: وتجوز المكاتبه على منفعه كالخدمه والخياطه والبناء بعد وصفه بما يرفع الجهاله، وقد عرفت أنه لا فرق فى أن تكون الخدمه متصله أو منفصله مستمره أو مبعضه، مثل أن يقول: على شرط أن تخدمنى كل أسبوع فى يوم الجمعه مثلاً.

هذا بالإضافه إلى بعض الروايات الخاصه فى المسأله، مثل ما رواه أبو العباس، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل قال غلامى حر وعليه عماله كذا وكذا سنه، قال: «هو حر وعليه العماله»((۴)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۹۹ الباب ۱۸ من المكاتبه ح۱
۲- المستدرك: ج۳ ص۴۶ الباب ۱۲ من المكاتبه ح۱
۳- المستدرك: ج۳ ص۴۶ الباب ۱۲ من المكاتبه ح۲
۴- الوسائل: ج۱۶ ص۱۴ الباب ۱۰ من أبواب المكاتبه ح۲

وروی أبان عنه (علیه الصلاه والسلام) مثله، وزاد: قلت: أن أبی لیلی یزعم أنه حر ولیس علیه شیء، قال: «کذب، إن علیاً (علیه السلام) أعتق أبا نیزر وعیاضاً ورباحاً وعلیهم عماله کذا وکذا سنه ولهم رزقهم وکسوتهم بالمعروف فی تلک السنین»((1)).

وعن عبد الرحمان بن أبی عبد الله، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «أوصی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فقال: إن أبا نیزر ورباحاً وجبیراً أعتقوا علی أن یعملوا فی المال خمس سنین»((2)).

وعن دعائم الإسلام، عن أمیر المؤمنین (علیه السلام): «إنه أعتق أبا یثرب وجبیراً وزریقاً علی أن یعملوا فی ضیعه حبسها أربع سنین ثم هم أحرار فعملوا ثم عتقوا»((3)).

وفیه عنه (علیه الصلاه والسلام) أنه أوصی بأوقاف أوقفها فی أمواله ذکرها فی کتاب وصیته وساق الکتاب وفیه: «ما کان لی بینبع من مال یعرف لی منها وما حولها صدقه ورقیقها، غیر أن رباحاً وأبا یثرب وجبیراً عتقاء لیس لأحد علیهم سبیل وهم موالیّ یعملون فی المال خمس حجج وفیه نفقتهم ورزقهم ورزق أهالیهم»((4)).

ثم قال الشرائع: وإذا جمع بین کتابه وبیع وإجاره أو غیر ذلک من عقود المعاوضات فی عقد واحد صح.

أقول: وذلک لشمول أدله تلک الأمور لمثل هذا الجمع، ومقتضی القاعده

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۴ الباب ۱۰ من أبواب المکاتبه ح۳
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۱۳ الباب ۱۰ من أبواب المکاتبه ح۱
۳- المستدرک: ج۳ ص۳۹ الباب ۹ ح۱
۴- المستدرک: ج۳ ص۳۹ الباب ۹ ح۲

أن يقسط العوض عليها أجمع بالنسبه، ويكفى معلوميه العوض فى الجمله وإن جهلت كيفيه التقسيط، لما تقدم فى كتاب البيع وغيره من صحه مثل ذلك، وأنه ليس من الغرر الضار وإن لم يعلم عوض كل واحد من تلك الأمور.

ولذا قال فى الشرائع بعد ذلك: (وتكون مكاتبته بحصه ثمنه من البذل).

فما عن بعض العامه من أنها باطله أجمع لأنها بمنزله عقود متعدده فيعتبر العلم بعوض كل واحد منها منفرداً خصوصاً مع اختلاف أحكامها، غير ظاهر الوجه، فإن الغرر أمر عرفى يأتى فى الأجزاء إذا كانت منفرده، ولا يأتى فى المجموع إذا كانت مجتمعه، ولذا إذا جمع جمله فى بيع واحد بعوض واحد صح مع جهل النسبه، بينما إذا فرقت لم يصح إذا لم يعلم قدر العوض بالنسبه إلى كل جزء جزء، مثلًا إذا باع الدار بمائه صح وإن لم يعلم نسبه الثمن لكل بيت بيت أو للخشب والحديد والآجر وغيرها، بينما لا يصح بيع كل جزء بثمن مجهول، وكذلك ذكرناه فى كتاب النكاح فى تزويج المتعدد بمهر واحد، ولذا لم يستشكل أحد فيما لو ظهر استحقاق بعض الأعيان أو بطلان بعض الصفقه، فإنه يكتفى بمعرفه ما يخص كل واحد بالنسبه.

ومنه يعلم وجه النظر فى رد المسالك لهذا الإشكال (بمنع كون الصفقه المجتمعه كعقود متعدده، بل هى عقد واحد كما لو باعه ثوبين بثمن واحد بل ثوباً واحداً فإن احتمال تبعض الصفقه آت وهو غير قادح إجماعاً، واختلاف الأحكام لا يقدح فى الجمع لأنه يلزم كل واحد حكمه، وإنما الفائده جمع الكل فى صيغه واحده).

إذ من الواضح أنه قد يجعل الجميع عقداً واحداً، وقد يجعل الجميع عقوداً متعدده فى صيغه واحده، كما ذكرنا مثله فى بعض مباحث الفقه، وفى كلا الحالين

الأمر صحيح لعدم الغرر، نعم يظهر فائده التعدد والواحده بالنسبه إلى العقد فى تبعض الصفقه وعدمه، وحيث قد عرفت فيما سبق أن العبد يملك فلا فرق بين أن يكون الجمع بين الكتابه والبيع والإجاره أو غير ذلك بالنسبه إلى العبد، أو بالنسبه إلى متعدد كأن يكاتب عبده زيداً ويبيع لأخيه عمرو ويؤجر لابن عمه خالد، وإذا ظهر المبيع مستحقاً للغير ولم يجز المالك فإنه حينئذ يوزع العوض على قيمه المملوك حين المكاتبه وعلى قيمه المبيع وأجره مثل تلك الدار تلك المده ويقسط من العوض ما يقابل الفاسد كما ذكره فى الجواهر.

ومن الواضح أنه لو كان الاجتماع يوجب ارتفاع قيمه الكل أو البعض أو انخفاض الكل أو البعض أو ارتفاع بعض وانخفاض بعض لوحظ الاجتماع، لا كل واحد فى مسأله التقسيط، لأن المفروض أن الأمر وقع مجتمعاً لا لكل واحد واحد.

ومما تقدم يعلم وجه ما ذكره الشرائع حيث قال: (وكذا يجوز أن يكاتب الاثنان عبداً، سواء اتفقت حصصهما أو اختلفت، تساوى العوضان أو اختلفا)، وذلك لأن إطلاق الأدله وعمومها شامل لكل تلك الصور، خلافاً للمحكى عن بعض، حيث منع من اختلافهما فى القدر مع تساويهما فى الملك حذراً من أن ينتفع أحدهما بمال الآخر فيما إذا دفع إلى أحدهما مائه مثلاً وللآخر مائتين ثم ارتفعت الكتابه بالعجز فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثانى بخمسين ويكون الثانى قد انتفع بها مده بقائها فى يده من غير استحقاق.

ولذا رده الجواهر بقوله: (فيه: إن الاستحقاق طارئ من حين الانفساخ، وقبله كان ملكاً للقابض متزلزلاً فلا يلزم انتفاع أحدهما بمال الآخر حين التصرف فيه، على أن مقتضى ذلك المنع حتى مع الاختلاف فى قدر الملك إذا فرض كون

العوض الزائد للأقل ملكاً).

ومنه يعلم حال اختلافهما فی الشرائط والخصوصيات، كما إذا قال أحدهما تعطينی كل عام نجماً، وقال الآخر كل شهر، أو شرط أحدهما خدمته بعد الحريه سنه ولم يشترط الآخر، إلى غير ذلك.

كما أنه لا فرق فی جواز ذلك بين أن يعلم كل واحد منهما حصته من العبد أو لم يعلم، كما أنه إذا يعلم زيد هل أن حصته من العبد الثلث أو الثلثين وبالعكس عمرو، سواء كان بينهما نزاع فی ذلك أو لم يكن، كل ذلك لما عرفت من إطلاق الأدله.

وهكذا حال البيع وسائر العقود، كما إذا كانت دار مشتركه بين زيد وعمرو لكن لا يعلمان حصه كل واحد منهما مع التنازع أو بدونه، فيبيعان الدار أو يؤجرانها لإنسان واحد بثمن أو أجره خاصه، فهو حيث لا غرر لا مانع من ذلك.

ومما تقدم يعلم أنه إذا كان نفران لهما عبدان مشتركان صح مكاتبتهما لهما وإن لم يعلما الخصوصيات.

ثم إن الشرائع قال: (ولا يجوز أن يدفع إلى أحد الشريكين دون صاحبه، ولو دفع شيئاً كان لهما، ولو أذن أحدهما لصاحبه جاز).

أقول: حيث إن المسأله قد ذكرت فی كتاب الدين فلا حاجه إلى إعادتها.

ولا يخفى أن ما ذكر من عدم جواز أن يدفع إلى أحد الشريكين إنما هو فيما إذا اتحد العقد، أما لو تعدد فلا إشكال فی الجواز، ومثله ما لو قصد التعدد ولو كان بصيغه واحده، كما إذا تزوج زوجتين بصيغه واحده، فإن العقد متعدد وإن كانت الصيغه واحده، كما فصلنا الكلام فی ذلك فی كتاب النكاح وغيره.

ومنه يعلم أن إطلاق المنع كما فی الشرائع، أو إطلاق الجواز كما عن ابن الجنيد وابن البراج، حيث جوزا أن يدفع إلى أحدهما دون الآخر ما لم يشترطا

عليه، يجب أن يقيد أو ينصرف إلى ما لا ينافى التقييد الذى ذكرناه.

ولو لم نعلم هل قصدا وحده العقد أو تعدده فلا أصل فى المقام، لأن أصاله عدم الوحده معارضه بأصاله عدم التعدد، وليس المقام من قبيل الشك بين الأقل والأكثر، لأن لكل واحد من القسمين نيه خاصه من السيدين والعبد فى قبال نيه الآخر، فاللازم أن ينقل الكلام فى الآثار وينقح موضوع النزاع إلى الآثار أو الأحكام فيها من الأمور القضائيه أو الأصول العمليه.

ثم إن ما ذكرناه من اشتراك السيدين فى قدر إعطاء العبد إنما هو فيما إذا كان مالاً، أما لو كانت خدمه لهما كالخياطه مثلاً أو حيازه المباحات، فإن تعين بمعين خارجى، كما إذا خاط قباء هذا وثوب هذا، فلا إشكال فى عدم الاشتراك، وإلا كان مشتركاً، ومثله إذا حاز بقصد أحد المولیین لوحده المناط بين المقام وبين الدين وإن كانت المسأله بعدُ محتاجه إلى التأمل.

ثم قال الشرائع: (ولو كان الثلاثه فى عقد واحد صح، وكان كل واحد منهم مكاتباً بحصه ثمنه من المسمى وتعتبر القيمه وقت العقد، وأيهم أدى حصته عتق، ولا يتوقف على أداء حصه غيره، وأيهم عجز استرق دون غيره).

أقول: الثلاثه فى المتن من باب المثال، وإلاّ فلا خصوصيه لها كما هو واضح، فإذا كانت ثلاثه أعبد سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً أو بالاختلاف فى صفقه واحده وقال: كاتبتكم على ألف إلى نجوم معينه، سواء كانت النجوم مختلفه أو متفقه، فإذا أديتم فأنتم أحرار، فقبلوا صحت الكتابه ووزع المال على قيمتهم، فلو كانت قيمه أحدهم مائه والثانى مائتين والثالث ثلاثمائه، فعلى الأول سدس المسمى، وعلى الثانى ثلثه، وعلى الثالث نصفه، سواء كان المسمى أزيد من قيمهم الخارجيه أو أقل.

ومن الواضح أن الاعتبار بالقيمه يوم المكاتبه، لأن سلطنه السيد تزول يومئذ.

ثم إن كل واحد من العبيد يؤدى ما عليه إما على التفاضل أو على التساوى حسب المقرر، وإذا أدى ما عليه عتق ولم يتوقف عتقه على أداء الغير، لفرض عدم ارتباط مكاتبه أحدهم بمكاتبه الآخر، نعم إذا كانت المكاتبات مرتبطه بأن كانت صفقه واحده، بناءً على صحه مثل هذه المكاتبه لإطلاق أدلتها، توقف عتق كل واحد على عتق الآخر، فإن مات أحدهم أو عجز فالكل رقيق مع الوحده، وغيره يعتق مع التعدد.

ومنه يعلم أن إطلاق عدم الارتباط كإطلاق الارتباط، حيث قيل: لا يعتق بعضهم بأداء ما عليه وإنما يعتقون معاً إذا أدوا جميعهم المال، يجب أن يقيد بما ذكرناه.

ثم إن هنا قسماً ثالثاً، وهو إذا كان الشرط عدم عتق أحدهم إلّا بعتق الآخرين، فهو قسم ثالث غير العقود المتعدده المطلقه وغير التقييد والوحده، فإن رفع المولى يده عن الشرط أعتق من قدم مال كتابته، وإن لم يرفع يده عن الشرط لم يعتق، وإن كانت المسأله بعدُ محل إشكال.

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن ابن البراج حيث قال: (إذا كاتب إنسان عبدين كتابه واحده فمات أحدهما قيل للثانى إما أن تختار أن تؤدى باقى الكتابه عنك وعن صاحبك، وإما أن تكاتب عن نفسك كتابه جديده، فأيهما اختار كان له ذلك، وإن كان المتروك مالاً فيه وفاء بقسطه من الكتابه أخذ السيد مال الكتابه وكان على الثانى ما بقى من قسطه منها، وكذلك إذا ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب وإن كان ما ترك فيه وفاء بجميع الكتابه، فإن السيد يأخذ من ذلك جميع الكتابه ويعتقان معاً ويرجع ورثته على الحى بحصته وبقيه ذلك ميراث لهم).

ولذا أشكل عليه المسالك والجواهر وغيرهما، لأنه لا ينطبق على القواعد العامه،

ص:١٢٤

وستسمع بطلان الكتابه بموت المكاتب الذى مقتضاه سقوط قدر نصيبه من مال الكتابه لأنه عوض فيهما فيقسط عليهما كالبيع لا أنه ينحصر فى أحدهما([(١)](#)).

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كاتب ثلاثه أعبد مثلاً بتفاوت فى قدر الكتابه.

شروط الضمان والكفاله

قال فى الشرائع: ولو شرط كفاله كل واحد منهما صاحبه أو ضمان ما عليه كان الشرط والمكاتبه صحيحين.

أقول: يصح أن يشترط المولى كفاله أو ضمان أحدهما للآخر دون العكس، أو كفاله أو ضمان كل منهما للآخر، أو ضمان اثنين لواحد فى ثلاثه، أو ضمان واحد لاثنين، أو كفاله واحد لاثنين أو كفاله اثنين لواحد، فإن هذا الشرط صحيح فى عقد المكاتبه للأصل وعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ويلزم كلاً منهم حكم الضمان والكفاله من وجوب إحضار الغريم عند الحلول، أو أداء ما عليه على ما فصلناه فى كتاب الكفاله.

أما من قال: بأنه لا تصح الكفاله لعدم لزوم مال الكتابه من جهه المكاتب، فإذا لم يلزم الأصل لم يلزم الفرع.

ففيه: ما تقدم من لزوم الكتابه، وفى الضمان يعتقون جميعاً، لما عرفت فى كتاب الضمان من أن الضمان يحول ما فى ذمه كل منهم إلى الآخر فينزل منزله الأداء ويبقى المال ديناً فى ذمتهم لا على وجه المكاتبه، اللهم إلاّ أن يكون الضمان منجماً بأن يضمن الآن ما فى ذمه العبد فى النجم الأول، ويضمن بعد عام ما فى ذمته فى النجم الثانى.

ومنه يعلم أن قول المختلف: إذا رضى المولى بضمانهم كلهم فهو كما لو لم يقع ضمان، محل تأمل، لوضوح الفرق بين الأمرين، وحيث قد عرفت فى كتاب الضمان أن الضمان هو نقل ما فى الذمه إلى ذمه أخرى لا بمعنى ضم ذمه إلى ذمه، عتقوا فى الحال الحاضر جميعاً، أما إذا كان من ضم ذمه إلى ذمه كما يقوله

١- انظر جواهر الكلام: ج٣٤ ص ٢٩٠

العامه لم يعتق أى منهم، لأن أياً منهم لم يؤد ما عليه، وتخير فى الرجوع بالجميع على من شاء.

وعن الشيخ أن كلامه يشعر بذلك، فإنه ذكر فى المسائل الحائريات جواز ضمان اثنين مالاً واشتراط رجوعه على من شاء منهما، ولعله أراد صحه مثل ذلك لأنه عقد لم يمنع عنه الشارع فهو نافذ، لا أنه أراد أن الضمان المعروف عند الشيعه هو هذا.

وقد أشار الجواهر إلى مثل هذا الاحتمال حيث قال: (وهو إن لم يحمل على استحقاق ذلك بالشرط كان على وفق مذهب العامه الذى قد عرفت أن الأصحاب على خلافه)((١))، ولو لم نعلم أنه جعله من الضمان الفاسد أو الصحيح لزم حمل فعله على الصحيح.

ثم قال الشرائع: (ولو دفع المكاتب ما عليه قبل الأجل كان الخيار لمولاه فى القبض والتأخير)، وذلك لوضوح أنه لا يلزم الإنسان بما ليس عليه، وليس على الإنسان أن يقبض دينه قبل الأجل، هذا بالإضافه إلى قاعده «المؤمنون عند شروطهم» ولبعض الأخبار:

مثل خبر إسحاق بن عمار، عن الصادق، عن أبيه (عليهما السلام): «إن مكاتباً أتى علياً (عليه السلام) وقال: إن سيدى كاتبنى وشرط علىّ نجوماً فى كل سنه فجئته بالمال كله ضربه فسألته أن يأخذ كله ضربه ويجيز عتقى فأبى على، فدعاه على (عليه السلام)، فقال له: صدق، فقال له: مالك لا تأخذ المال وتمضى عتقه، فقال: ما آخذ إلّا النجوم التى شرطت وأتعرض بذلك إلى ميراثه، فقال على (عليه السلام): أنت أحق بشرطك»((٢)).

ولا ينافيه صحيح الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) أيضاً، فى مكاتب ينفذ نصف

١- جواهر الكلام: ج٣۴ ص ٢٩٠

٢- الوسائل: ج١۶ ص٩٨ الباب ١٧ من المكاتبه ح٢

مکاتبته ویبقی علیه النصف ویـدعو موالیه ویقول: خـذوا ما بقی ضـربه واحـده، قال: «یأخذون ما بقی ویعتق»((۱))، فانه محمول علی بیان الجواز لا اللزوم.

کما أنه لا یمکن أن یعارضه تفصیل روایه الـدعائم، فقـد روی عن أمیر المؤمنین وأبی عبـد الله (علیهما السـلام) أنهما قالا: «فی المکاتب یجعل علیه من النجوم فیأبی الذی کاتبه أن یأخذ منه إلاّ ما اشترط علیه عند محل کل نجم، فإن کان شـرط علیه أنه إن عجز رد فی الرق لم یجبر المولی علی أن یتعجـل الکتـابه لأنه قـد لعله أن یعجز فیرجع إلیه، وإن کان لم یشترط ذلک علیه وحلّ علیه نجم فـدفعه إلیه مع بـاقی کتـابته لم یکن له أن یمتنع من ذلک لأن العتق قـد جری فیه ولا یعود فی الرق أبـداً وإنما علیه أن یسعی فی باقی کتابته»((۲)).

ولو اضـطر العبـد إلی السـفر ونحوه ممـا لاـ یتمکن من إیصال حق المولی فی وقت النجم، سـلّمه أمیناً أو حاکماً، کما لو انعکس وکّل المولی من یستلمه منه حال النجم، إلی غیر ذلک مما ذکر فی باب حقوق الناس والدیون.

ومنه یعلم وجه النظر فیما عن ابن الجنید من وجوب القبول فی خصوص ما إذا کان المکاتب مریضاً وأوصی بوصایا وأقرّ بدیون، لأن فی امتناعه حینئذ إبطالاً لإقراره ووصیته.

ثم لو اختلفـا فی أن الأجل أول شـعبان أو أول رمضان مثلًا، أو اختلفا فی مکانین متقابلین فهما من المـدعیین، فالمرجع التحالف علی الموازین المذکوره فی کتاب القضاء.

قال فی الشرائع: (ولو عجز المکاتب المطلق کان علی الإمام أن یفکه من

۱- الاستبصار: ج۴ ص۳۶ الباب ۱۹ فی المکاتبه ح۲
۲- المستدرک: ج۳ ص۴۶ الباب ۱۱ من المکاتبه ح۱

سهم الرقاب)، وفی الجواهر: بلا خلاف أجده، ظاهرهم الاتفاق علیه.

واستدل لذلک بقوله سبحانه: (وفی الرقاب)([(۱)])، لکن الآیه لا تدل علی اللزوم بل علی المصرفیه.

کما أنه ربما یستدل لذلک ببعض الروایات:

مثل ما رواه إبراهیم بن هاشم، عن بعض أصحابنا، عن الصادق (علیه السلام)، قال: سألته عن مکاتب عجز عن مکاتبته وقد أدی بعضها، قال: «یؤدی عنه من مال الصدقه، إن الله تعالی یقول فی کتابه: (فی الرقاب)([(۲)]).

وعن الصدوق روایته مرسلاً.

وعن الصدوق فی المقنع، روی: «إذا عجز عن مکاتبته فعلی الإمام أن یؤدی عنه من سهم الرقاب»([(۳)]).

وهذه الروایات وإن کانت ضعافاً سنداً إلاّ أن العمل جابر لها.

ومنه یعلم وجه النظر فی عنوان الوسائل بجواز إعطاء المکاتب من مال الصدقه والزکاه، کما یعلم وجه النظر فیما فی الریاض من أن الحدیث بعد الإغماض عن سنده غیر واضح الدلاله علی ماذکروه من الوجوب من وجوه، ولذا یظهر من الکفایه التردد فیه تبعاً للسید فی شرح الکتاب، ولعله فی محله إن لم ینعقد الإجماع علی خلافه، ولذا رده الجواهر بقوله: هذا من الغرائب لمعلومیه شده اعتماده علی الشهره لجبرها للسند والدلاله، بل المحکی عنه أنه یری حجیتها فضلاً عن جبرها، وعلی أی حال فلا إشکال فی استحباب مساعده المکاتب فی فکّ کتابته وإن کان قادراً فضلاً عما إذا کان عاجزاً.

۱- سوره البقره: الآیه ۱۷۷
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۲ الباب ۲۱ من المکاتبه ح۱
۳- المقنع: ص۳۸

ویدل علیه بالإضافه إلی الآیه المبارکه علی تقدیر عدم الدلاله علی الوجوب، وأنه بر وإحسان وغیر ذلک من الأدله العامه، بعض الروایات الخاصه:

مثل ما رواه القطب الراوندی بسنده إلی ابن عباس، عن سلمان الفارسی فی حدیث طویل فی سبب إسلامه، إلی أن قال: فلما فرغت ــ أی من ذکر قصته لرسول الله (صلی الله علیه وآله) ــ قال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «کاتب یا سلمان» فکاتبت صاحبی علی ثلاثمائه نخله أحییها له وأربعین أوقیه، فأعاننی أصحاب رسول الله (صلی الله علیه وآله) ثلاثین ودْیه وعشرین ودْیه کل رجل علی قدر ما عنده، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «إنی أضعها بیدی» فحفرت لها حیث توضع ثم جئت رسول الله (صلی الله علیه وآله) فقلت: قد فرغت منها، فخرج معی حتی جاءها فکنا نحمل إلیه الودی فیضعه بیده ویستوی علیها، فو الذی بعثه بالحق نبیاً ما مات منها ودیه واحده وبقیت علی الدراهم.

فأتاه رجل من بعض المغازی بمثل البیضه من الذهب، فقال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «أین الفارسی المکاتب المسلم»، فدعیت له، فقال: «خذ هذه یا سلمان فأدها مما علیک»، فقلت: یا رسول الله أین تقع هذه مما علی، فقال: «إن الله عز وجل سیوفی بها عنک»، فوالذی نفس سلمان بیده لوزنت لهم منها أربعین أوقیه فأدیتها إلیهم، وعتق سلمان((۱)).

وفی روایه الخرائج: روی أن سلمان أتاه، یعنی رسول الله (صلی الله علیه وآله) فأخبره أنه قد کاتب موالیه علی کذا وکذا ودْیه، وهی صغار النخل کلها تعلق، وکان العلیق أمراً غیر مضمون عند العاملین علی ما جرت به عادتهم لو لا ما علم من تأیید الله لنبیه (صلی الله علیه وآله)، فأمر سلمان بضمان ذلک لهم فجمعها لهم ثم قام وغرسها بیده فما سقطت

۱- المستدرک: ج۳ ص۴۷ الباب ۱۵ من المکاتبه ح۲

واحده منها وبقيت علماً معجزاً يستشفى بتمرها وترجى بركاتها، وأعطاه تبره من ذهب كبيضه الديك فقال: «اذهب بها وأوف بها أصحاب الديون»، فقال متعجباً به مستقلاً لها: وأين تقع هذه مما عليّ، فأدارها على لسانه ثم أعطاه إياها وقد كان كهيئتها الأولى ووزنها لا يفى ربع حقهم، فذهب بها وأوفى القوم منها حقوقهم([(١)](#)).

وعن العياشى فى تفسيره، عن أبى إسحاق، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سأل عن مكاتب عجز عن مكاتبته وقد أدى بعضها، قال: «يؤدى من مال الصدقه، إن الله يقول فى كتابه: (وفى الرقاب)([(٢)](#)) ».

وعلى أى حال، ففى المكاتب المطلق إن كان على نحو القيد ولم يتمكن من أداء البعض رد فى الرق، كما عن المسالك تبعاً للدروس من أن للمولى رده فى الرق إن تعذر ذلك، وعن الكركى حكايته فى حاشيه الكتاب على الدروس واستحسانه له، أما إن لم يكن على نحو القيد لم يكن وجه فى الارتداد، لوضوح عدم دليل يدل على خيار المولى فى المكاتبه المطلقه مع العجز، بل قد عرفت أن مقتضى الدليل خلافه.

وفى خبر القاسم بن سليمان، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «إن علياً (عليه السلام) كان يستسعى المكاتب أنهم لم يكونوا يشترطون إن عجز فهو رق»([(٣)](#)).

وعلى ما ذكرناه يحمل ما رواه حسين بن علوان، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن علياً (عليه السلام) كان يؤجل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلومه فإن أقام بحريته وإلاّ رده رقيقاً»([(٤)](#)).

١- المستدرك: ج٣ ص٤٧ الباب ١٥ ح٤

٢- المستدرك: ج٣ ص٤٧ الباب ١٥ ح٥

٣- الوسائل: ج١٦ ص٨٦ الباب ٤ من المكاتبه ح٩

٤- قرب الإسناد: ص٥٢

وعن أبی البختری، عن جعفر، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام) مثله، إلاّ أنه قال: «إذا أدی وإلا رده رقیقاً»((۱)).

ومنه یعلم وجه النظر فی قول الجواهر: (إن المسأله فی غایه الإشکال ولم أعثر علی من تعرض لتنقیحها).

ثم إن الشرائع قال: (والمکاتبه الفاسده لا یتعلق بها حکم، بل تقع لاغیه).

وفی المسالک: قسموا ما لا یصح من الکتابه إلی باطله وفاسده، فالباطله هی التی اختل بعض أرکانها، بأن کان السید صبیاً أو مجنوناً أو مکرهاً علی الکتابه، أو کان العبد کذلک، أو لم یجر ذکر عوض أو ذکر ما لا یقصد مالیته کالدم والحشرات، أو اختلت الصیغه، والفاسده هی التی امتنعت صحتها بشرط فاسد أو بفوات شرط فی العوض بأن کان خمراً أو خنزیراً أو مجهولاً أو لم ینجزه، ثم جعل الکتابه الباطله لاغیه کما ذکرناه، والفاسده تساوی الصحیحه فی أمور، قال: وهذا کله عندنا لاغ لأن الفاسد لا یترتب علیه أثر، فالإطلاق الشرعی محمول علی الصحیح والأحکام مترتبه علیه.

وتبعه فی ذلک الجواهر وغیره وهو علی ما ذکروا، لأن المقام لیس مثل النکاح الفاسد والإجاره الفاسده، حیث یتحول الأمر من مهر المسمی والأجره المسماه إلی المثل، علی ما تقدم الکلام فی ذلک فی الکتابین.

۱- قرب الإسناد: ص ۷۰

مسأله ۱: کسب المکاتب لنفسه

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: (إذا مات المکاتب وکان مشروطاً بطلت المکاتبه وکان ما ترکه لمولاه وأولاده رقاً).

أقول: وذلک للروایات المتعدده الداله علی ذلک، وإلاّ کان مقتضی القاعده عدم بطلان المکاتبه إذا لم تکن علی نحو التقیید حتی إذا أدی نجماً واحداً من نجوم عشره مثلاً، فکیف ما لو أدی أزید النجوم.

والروایه صحیحه ابن سنان، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی مکاتب یموت وقد أدی بعض مکاتبته وله ابن من جاریته، قال: «إن اشترط علیه إن عجز فهو مملوک، رجع ابنه مملوکاً والجاریه، وإن لم یکن اشترط علیه أدی ابنه ما بقی من مکاتبته وورث ما بقی»((۱)).

وخبر مهزم، سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن المکاتب یموت وله وُلد، فقال: «إن کان اشترط علیه فوُلده ممالک، وإن لم یکن اشترط علیه سعی ولده فی مکاتبه أبیهم وعتقوا إذا أدوا»((۲)).

وعن دعائم الإسلام، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، إنه قال فی المکاتب یموت وقد أدی بعض مکاتبته وله ابن من جاریته، قال: «إن کان اشترط علیه أنه إن عجز فهو مملوک رجع إلیه مملوکاً ابنه والجاریه، وإن لم یکن اشترط ذلک أدی ابنه ما بقی من مکاتبته وکان حراً وورث ما بقی»((۳)).

إلی غیرها من الروایات المذکوره فی کتاب الإرث.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۰ الباب ۱۹ من المکاتبه ح۳

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۹۲ الباب ۷ من المکاتبه ح۴

۳- المستدرک: ج۳ ص۴۶ الباب ۷ من المکاتبه ح۲

ثـم إن رد رقـاً كـان تجهيز مـوته على مولاـه، لأـنه حينئـذ قـن والقن تجهيزه على مولاـه على مـا ذكر فى بحث الأـموات، خلاـفاً للمحكى عن الخلاف، فحكم فيما لو خلف ما يفى بالمكاتبه بوجوب أداء ما عليه من مال الكتابه وكون الباقى إن كان للوارث.

وفى الجواهر: إنه غير واضـح الحجه، بالإضـافه إلى مخـالفته للأـدله المتقـدمه، بـل لم يحـك عن أحـد موافقته على ذلك سوى الصدوق، لكن ربما أشـعر سـياق عباره الصدوق بأراده التعبير بمضمون خبر ابن سنان الذى هو فى المطلق دون المشروط، فليس هناك موافق ظاهر للشيخ، وعلى هذا فهى محرمه للمولى ويصح له غسلها، إلى غير ذلك من أحكام القن.

وكذا حال ما إذا كان المكاتب مطلقاً ولم يؤد شيئاً وهذا هو المشهور، بل عن الدروس نسبته إلى ظاهر الأصحاب، وفى الجواهر: لم أجد فيه خلافاً.

واستدلوا لذلك بأنه لا وجه لخروجه بعد عدم أدائه شيئاً وقد حال الموت دون الأداء فيستصحب بقاؤه على ما كان عليه.

بالإضافه إلى صـحيح محمـد بن قيس على تقدير اسـتظهار ذلك منه، حيث روى عن أبى عبد الله (عليه السـلام) أنه قال: «قضـى أمير المؤمنين (عليه السـلام) فى مكـاتب توفى وله مـال، قـال: يقسم مـاله على قـدر مـا أعتق منه لورثته، وما لم يعتق يحتسب منه لأربابه الذين كاتبوه هو مالهم»((۱)).

ومثله غيره من الصـحاح، بـل ومـا عن الصـدوق فى المقنع، الـذى هو متون الروايـات قال: «والمكاتب يورث بحساب ما عتق منه ويرث».

وقال فى موضع

ص:۱۳۳

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۹۱ الباب ۷ من المكاتبه ح۲

آخر: «وإن مات مكاتب وقد أدى بعض مكاتبته وترك مالاً فإن ابنه يؤدى عنه ما بقى من مكاتبه ابيه ويعتق ويرث ما بقى»((۱)).

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: وأن لم يكن مشروطاً وقد أدى بعض مكاتبته تحرر منه بقدر ما أداه وكان الباقى رقاً بلاخلاف ولا إشكال، وحينئذ فلمولاه من تركته بقدر ما فيه من رق ولورثته بقدر ما فيه من حريه، ويؤدى الوارث التابع له فى الحريه والرقيه مما حصل له من نصيب الحريه ما بقى من مال الكتابه على المشهور شهره عظيمه.

أقول: ويدل عليه بالإضافه إلى بعض الروايات السابقه، صحيح بريد العجلى، سألته (عليه السلام) عن رجل كاتب عبداً له على ألف درهم ولم يشترط عليه إن هو إن عجز عن مكاتبته فهو رد فى الرق، وأن المكاتب أدى إلى مولاه خمسمائه درهم ثم مات المكاتب وترك مالاً ـ وترك ابناً له مدركاً، قال: «نصف ما يترك المكاتب من شىء فإنه لمولاه الذى كاتبه، والنصف الباقى لابن المكاتب، لأن المكاتب مات نصفه حر ونصفه عبد للذى كاتبه، وابن المكاتب كهيئه أبيه نصفه حر ونصفه عبد، فإن أدى إلى الذى كاتب أباه ما بقى على أبيه فهو حر لا سبيل لأحد من الناس عليه»((۲)).

ولعل مثله فى الدلاله بالمناط، ما رواه عمار بن موسى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى مكاتب بين شريكين فيعتق أحدهما نصيبه كيف تصنع الخادم، قال: «تخدم الباقى يوماً وتخدم نفسها يوماً»، قلت: فإن ماتت وتركت مالاً، قال: «المال بينهما نصفين، بين الذى أعتق وبين الذى أمسك»((۳)).

۱- المستدرک: ج۳ ص۴۶ الباب ۱۳ من المکاتبه ح۱
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۹۱ الباب ۷ من المکاتبه ح۱
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۰ الباب ۱۹ من المکاتبه ح۴

ثم قال الشرائع: (وإن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم، ومع الأداء ينعتق الأولاد)

واستدل له الجواهر بأنه على مقتضى القاعده فى الذى تحرر بعضه.

ويـدل عليه ما تقـدم من خبر مهزم، لكن اللازم أن يقيـد ذلك بما إذا كان الأولاد أرقاء لهذا المولى، أما إذا لم يكونوا أرقاء بأن يكونوا أحراراً أو كانوا أرقاء لمولى آخر لم يكن وجه لـذلك، أما فيما إذا كانوا أحراراً فلأن الإنسان يملك نفسه ولا حق لأحد عليه، وأما إذا كانوا أرقاء لآخر فإنه تصرف فى شأن المولى الآخر وهو خلاف الأدله، بل يمكن أن يقال بانصراف خبر مهزم عن مثل ذلك.

ثم فى صوره وجوب السعى فالظاهر أن أداءهم وسعيهم يكون بـالسويه، وإن اختلفوا فى الاستحقاق للميراث ذكوره وأنوثه، وينبغى أن لا يكون فرق بين أن يرثوا أو لا يرثوا بسبب قتل أو ما أشبه، وذلك لأنهم متساوون فيما عتق منهم وما بقى.

ثم إن الجواهر قال: (ولو تعذر الاستيفاء من بعضهم لغيبه وغيرها أخذ من نصيب الباقى جميع ما تخلف على الأب، إذ ما لم يأخذ الجميع لم يصر الأب بمنزله من أعتق جميعهم، فلم يفـد عتق جميع الباقى، وإذا أخـذ الجميع عتق الجميع أى الغائب والباقى، بل لولم يكن تركه وغـاب البعض أو لم يسع سعى الباقى فى الجميع، وليس للمؤدى مطالبه الغائب بنصيبه، لأن كل جزء مما يؤديه يدخل فى عتق نفسه وإن لزمه انعتاق الجميع بالإتمام) لكن بعض ما ذكره محل تأمل كما لا يخفى.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا كان له ولد واحد، كما أنه إذا لم يتمكن الولد الواحد أو الأولاد من السعى لشلل أو نحوه، بقى على الرق، إلاّ أن يقال بوجوب

فک بیت المال له، وقد تقدم الإلماع إلی شبه ذلک.

ثم قال الشرائع: (وهل للمولی إجبارهم علی الأداء، فیه تردد).

أقول: وجه التردد لظاهر بعض النصوص المتقدمه وغیرها مما ذکر فی موانع الإرث، ومن تسلط الإنسان علی نفسه فلا حق لغیره علی جبره، کما سبقت الإشاره إلیه.

ثم قال الشرائع: وفیه روایه أخری تقتضی أداء ما تخلف من أصل الترکه ویتحرر الأولاد وما بقی لهم، وذلک لأنه بحکم الدین فیجب أن یعطی من الأصل، حیث قال سبحانه وتعالی: (من بعد وصیه یوصی بها أودین)((۱))، فإذا تحرروا کان ما بقی من المال إرثاً.

أما الروایه التی أشار إلیها الشرائع، فهی صحیحه جمیل بن دراج، عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی مکاتب یموت وقد أدی بعض مکاتبته وله ابن من جاریه وترک له مالاً، قال: «یؤدی ابنه بقیه مکاتبته ویعتق ویرث ما بقی»((۲)).

وروایه أبی الصباح، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی حدیث إنه قال: فی المکاتب یؤدی بعض مکاتبته ثم یموت ویترک مالاً أکثر مما علیه من مکاتبته، قال: «یوفی موالیه ما بقی من مکاتبته وما بقی فلولده»((۳)).

وقد تقدم کلام الصدوق فی المقنع، حیث قال: «وإن مات مکاتب وقد أدی بعض مکاتبته وترک مالاً فإن ابنه یؤدی عنه ما بقی من مکاتبه أبیه ویعتق ویرث ما بقی»((۴)).

۱- سوره النساء: الآیه ۱۱
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۹۲ الباب ۷ من المکاتبه ح۳
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۹۹ الباب ۱۹ من المکاتبه ح۲
۴- المستدرک: ج۳ ص۴۶ الباب ۱۳ من المکاتبه ح۱

وحـديث الدعائم، عن الصادق (عليه الصـلاه والسـلام)، إنه قال: في المكاتب يموت وقد أدى بعض مكاتبته وله ابن من جاريته، قـال: «إن كـان اشترط عليه أنه إن عجز فهو مملوك رجع إليه مملوكـاً ابنه والجـاريه، وإن لم يكن اشترط عليه ذلك أدى ابنه ما بقي من مكاتبته وكان حراً وورث ما بقي»((١)).

وفي الجواهر بعد ذكره روايتي جميل وأبي الصـباح قال: (ونحوها صحيحه الحلبي وغيرها وقد سمعت صحيحه ابن سنان السابقه، ولكن لم نعرف عاملاً بها إلاّ ما يحكى عن الإسـكافي وما سمعته من إطلاق عباره الصدوق، ومن هنا كان الأول مع أنه أشهر بل المشهور أظهر، ترجيحاً لنصوصه المعتضده بالشهره على هذه النصوص).

أقول: وربمـا يحتمـل الجمع بين الطائفتين بالتخيير، كما أنه يلزم ملاحظه رأي العامه حتى يعرف هل أن إحـدى الطائفتين موافقه للعامه أم لا، وعلى أي حال فالمسأله بحاجه إلى تنقيح أكثر.

ثم قال الشرائع: ولو أوصى له بوصيه صح له منها بقدر ما فيه من حريه وبطل ما زاد.

وهـذا هو المشـهور بين الأصـحاب كما حكي عنهم، وذلك لخبر محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السـلام) قال: «قضـى أمير المؤمنين (عليه السـلام) في مكاتب تحته حره فأوصت له عند موتها بوصـيه، فقال أهل المرأه: لا تجوز وصيتها له لأنه مكاتب لم يعتق ولا يرث، فقضى (عليه السلام) إنه يرث بحساب ما أعتق منه».

«وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأعتق، فأوصى له بوصيه فأجاز له ربع الوصيه».

١- المستدرك: ج٣ ص٤٦ الباب ١٣ من المكاتبه ح٢

«وقضى فى رجل حر أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها.

وقضى فى وصيه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أنه يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه»((۱)).

وعن دعـائم الإسـلام، عن أمير المؤمنين (عليه السـلام)، أنه سـئل عن الوصـيه للمكاتب ووصـيته، قال: «يجوز منها بقـدر ما أعتق منه»((۲)).

لكن فى المسالك بعد نقله القول الأول عن المشـهور قال: (وقيل: تصح الوصيه له مطلقاً لأن قبولها نوع اكتساب وهو غير ممنوع منه وفيه قوه، والروايه ضعيفه لاشتراك محمد بن قيس الذى يروى عن الباقر (عليه السلام) بين الثقه وغيره وترد لذلك)، ثم قال: (هـذا إذا كان الموصـى غير المولى، أما هو فتصح وصـيته له مطلقاً بغير إشـكال ويعتق منه بقدر الوصـيه، فإن كانت بقدر النجوم عتق أجمع، وإن زادت فالزائد له).

لكن فيه: إن المشـهور جابر كما حقق فى محله، والتفصيل بين وصيه المولى وغيره غير ظاهر الوجه بعد أن اشتمل خبر محمد بن قيس على وصيه المولى أيضاً، وقد تبع الجواهر المسالك فى بيان الأمرين.

ثم قال الشرائع: (ولو وجب عليه حد أقيم عليه من حد الأحرار بنسبه الحريه، وبنسبه الرقيه من حد العبيد).

أقول: هـذا إذا حرر منه شـىء، أما إذا لم يحرر منه شـىء كان عليه حـد العبيـد، لا لمجرد بناء الحد على التخفيف كما ذكره غير واحد، بل لأنه عبد فيشمله أدلته،

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۱ الباب ۲۰ من المكاتبه ح۲

۲- المستدرک: ج۳ ص۴۷ الباب ۱۴ من المكاتبه ح۱

وكيف كان، فيدل على الحكم صحيح الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «فى المكاتب يجلد الحد بقدر ما أعتق منه»((1)).

ثم إن الروايه لم تذكر قدر حد العبد بالنسبه إلى عبوديته، لكنه ظاهر من إطلاق أدله حد العبيد.

ولو كان الذنب موجباً للحد على تقدير الحريه دون الرقيه كالرجم مثلاً انتفى رأساً وجلد، لإطلاق أدله الجلد وللمناط ولأنه لا يترك المجرم بدون عقاب.

ثم قال الشرائع: (ولو زنا المولى بمكاتبته سقط عنه من الحد بقدر ما له فيها من الرق وحد بالباقى).

أقول: ذلك فيما إذا كان قد تحرر منها بعض كما هو مورد كلام الشرائع، ويكون الحد قابلاً للتجزأه، أما لو لم يقبلها كالرجم سقط أيضاً ووجب الجلد لما تقدم، ففى خبر الحسين بن خالد، عن الصادق (عليه السلام)، قال: سئل عن رجل كاتب أمه له، فقالت الأمه: ما أديت من مكاتبتى فأنا به حره على حساب ذلك، فقال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبتها وجامعها مولاها بعد ذلك، فقال (عليه السلام): «إن كان استكرهها على ذلك ضرب من الحد بقدر ما أدت من مكاتبتها ودرئ عنه من الحد بقدر ما بقى له من مكاتبتها، وإن كانت تابعته كانت شريكه فى الحد ضربت مثل ما يضرب»((2)).

أقول: والمراد مثل ما يضرب فى أصل الضرب لا فى قدره، كما هو واضح بقرينه الروايات الأخر.

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قال: «لا يطأ الرجل مكاتبته إذا كاتبها»((3)).

أقول: وذلك يحمل على ما إذا أدت بعض المال، لما عرفت من أن المكاتب

١- الوسائل: ج١٦ ص١٠٢ الباب ٢٢ من المكاتبه ح١

٢- الوسائل: ج١٦ ص٩٣ الباب ٨ من المكاتبه ح١

٣- المستدرك: ج٣ ص٤٦ الباب ٨ من المكاتبه ح١

قبل أدائه يكون فی حکم القنّ.

ثم لو قلنا بعدم تحجب المولاه عن العبد کما یستظهر من الآیه، فإذا کاتبته وتحرر منه شیء وجب علیها الحجاب منه.

ویؤیده ما رواه الغوالی، عن أم سلمه، قالت: قال رسول الله (صلی الله علیه وآله): «إذا کان لإحداکن مکاتب فکان عنده ما یؤدی فلتحتجب عنه»((۱)).

بناءً علی حمل قوله (صلی الله علیه وآله): «عنده ما یؤدی» الأداء الفعلی، حیث إن کلًّا من الفعل والإراده قد یقوم مقام الأخر، قال سبحانه: ﴿إنما یرید الله لیذهب عنکم الرجس﴾((۲))، والمراد أنه فعل ذلک، کما قال سبحانه: ﴿إذا قمتم إلی الصلاه فاغسلوا﴾((۳))، أی أردتم القیام، إلاّ إذا کان المراد القیام لأجل أداء الصلاه.

۱- المستدرک: ۳ ص۴۸ الباب ۱۶ من المکاتبه ح۶

۲- سوره الأحزاب: الآیه ۳۳

۳- سوره المائده: الآیه ۶

مسأله ۲: تصرف المکاتب فی ماله

(مسأله ۲): قال فی الشرائع: (لیس للمکاتب التصرف فی ماله ببیع ولا هبه ولا عتق ولا إقراض إلّا بإذن مولاه).

أقول: وذلک لأنه بالمکاتبه لم یخرج عن العبودیه، وإنما اقتضت له جواز التکسب خاصه بإذن المولی الحاصله بسبب المکاتبه، فقد قال سبحانه: ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوکاً لایقدر علی شیء﴾((۱)).

ولم یعلم وجه تقیید الجواهر البیع فی کلام الشرائع بالمحاباتی منه، إذ لا فرق بین المحاباتی وغیره، کما لا فرق بین الهبه المعوضه وغیرها، وکذلک الإقراض إذا کان فیه فائده بأن علم العبد أن المقترض یرد علیه المال مع هدیه کما هو المستحب، وکذلک الحال فی العاریه وغیرها من سائر أنواع المعاملات إلّا التی فی طریق الاکتساب، فإن کل ذلک جائز إذا کان طریق الاکتساب.

وفی صحیح معاویه بن وهب، عن الصادق (علیه السلام)، فی مملوک کاتب علی نفسه وماله وله أمه وقد شرط علیه أن لا یتزوج فأعتق الأمه وتزوجها، قال: «لا یصح له أن یحدث فی ماله إلّا الأکله من الطعام فنکاحه فاسد مردود»، قیل: فإن سیده علم بنکاحه ولم یقل شیئاً، قال: «إذا صمت حین یعلم ذلک فقد أقر»، قیل: فإن المکاتب عتق أفتری أن یجدد نکاحها أو یمضی علی النکاح الأول، قال: «یمضی علی نکاحه الأول»((۲)).

وحیث قد تقدم فی کتاب البیع بعض فروع النکاح الفضولی الذی منه المقام، لا حاجه إلی تکرار الکلام فیه.

کما أن الصمت إنما یکون کافیاً إذا کان دلیلاً علی

۱- سوره النحل: الآیه ۷۵

۲- الکافی: ج۶ ص۱۸۸ باب المکاتبه ح۱۲

الإقرار لا إذا ما لم يكن، أو كان صمتاً من غضب مما كان دليلًا على الإنكار.

وفى خبر الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن المكاتب يشترط عليه أن لا يتزوج إلاّ بإذن الذى كاتبه حتى يؤدى مكاتبته، قال: «يلزمه ذلک إذا شرط عليه، فإن نكح فنكاحه فاسد مردود إلاّ أن يعتق فيمضى على نكاحه»((۱)).

وفى المقنع، الذى هو متون الروايات: «وإن كاتب رجل عبداً على نفسه وماله وله أمه وقد شرط عليه أن لا يتزوج، فأعتق الأمه وتزوجها فإنه لا يصلح أن يحدث فى ماله إلاّ الأكل من الطعام ونكاحه فاسد مردود، وإن كان سيده علم بنكاحه وصمت ولم يقل شيئاً فقد أقر، فإن عتق المكاتب فقد مضى على النكاح الأول»((۲)).

وإطلاق هذه الروايات كما تراها يقتضى عدم الفرق بين المطلق والمشروط، كما هو ظاهر عباره غير واحد من الفقهاء، ومنهم المحقق فى عبارته المتقدمه، لكن فى خبر أبى بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «المكاتب لا يجوز له عتق ولا هبه ولا نكاح ولا شهاده ولا حج يؤدى جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن عجز فهو رد فى الرق»((۳)).

وفى روايه أخرى، عن أبى بصير مثله، لكنه ترک النكاح والشهاده والحج، وزاد: «ولكن يبيع ويشترى وإن وقع عليه دين فى تجاره كان على مولاه أن يقضى دينه لأنه عبده»((۴)).

۱- المستدرک: ج۳ ص۴۵ الباب ۶ من المكتبه ح۱
۲- المستدرک: ج۳ ص۴۵ الباب ۶ من المكاتبه ح۵
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۹۰ الباب ۶ من المكاتبه ح۲
۴- الوسائل: ج۱۶ ص۹۰ الباب ۶ من المكاتبه ح۳

وفی صحیح الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی حدیث، إنه قال: فی المکاتب یشترط علیه مولاه أن لا یتزوج إلّا بإذن منه حتی یؤدی مکاتبته، قال: «ینبغی له أن لا یتزوج إلّا بإذن منه وله شرطه».

وفی روایه الصدوق، بإسناده عن حماد مثله، إلّا أنه قال: «إن لهم شرطهم»((1)).

وعن أبی بصیر، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) قلت له: الرجل المسلم أله أن یتزوج المکاتبه التی قد أدت نصف مکاتبتها، قال: فقال: «إن کان سیدها حین کاتبها شرط علیها إن هی عجزت فهی رد فی الرق فلا یجوز نکاحها حتی تؤدی جمیع ما علیها»((2)).

وفی دعائم الإسلام، عن أبی جعفر وأبی عبد الله (علیهما السلام) إنهما قالا: «إذا شرط علی المکاتب أنه إذا عجز رد فی الرق فحکمه حکم المملوک فی کل شیء خلا ما یملکه فإنه یؤدی منه نجومه، فإذا أعتق کان ما بقی فی یدیه له، فله أن یشتری ویبیع، فإن وقع علیه دین فی مکاتبته فی تجارته ثم عجز فإن علی مولاه أن یؤدی عنه لأنه عبده ویؤدی ما علیه، ولا یرث ولا یورث، وله ما للمملوکین وعلیه ما علیهم، ولا یجوز له عتق ولا هبه ولا نکاح ولا حج إلّا بإذن مولاه حتی یؤدی جمیع ما علیه، وإن لم یشترط علیه أنه إن عجز رد فی الرق وکوتب علی نجوم معلومه، فإن العتق یجری فیه مع أول نجم یؤدیه، فیعتق به بقدر ما أدی ویرق منه بقدر ما بقی»((3)).

وعن الصدوق فی المقنع، الذی هو متون الروایات: «والمکاتبه یجوز

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۹۰ الباب ۶ من المکاتبه ح۵

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۹۰ الباب ۶ من المکاتبه ح۶

۳- المستدرک: ج۳ ص۴۵ الباب ۶ من المکاتبه ح۲

علیها جمیع ما شرطت علیها، فلو أن رجلاً کاتب مملوکاً واشترط علیه أن لا یبرح إلّا بإذنه حتی یؤدی مکاتبته لما جاز له أن یبرح إلّا بإذنه»((۱)).

هذا ولکن مقتضی القاعده التفصیل فی المسأله بین مثل النکاح فلا یجوز إلّا بإجازه السید، سواء کان مکاتباً أو مکاتبهً، وأما مثل البیع ونحوه فیجوز بحصه الحریه فیما إذا تحرر منه شیء، فالمطلق الذی أدی بعض ما علیه، له بقدر ما أدی، ولیس له بقدر ما لم یؤد.

أما فی النکاح فحیث إن المکاتب المطلق رجلاً أو امرأه إذا أدی بعض ما علیه لم یکن کله لنفسه فاللازم التزویج والتزوج بإجازتهما، أی السید والمکاتب.

ولعله إلی ذلک أشار ما فی الدعائم، عن جعفر بن محمد (علیهما السلام) أنه سئل عن نکاح المکاتبه، قال: «أنکحها إن شئت، یعنی بإذن السید»((۲))، اللهم إلّا أن یکون المعنی من المؤلف لا من الروایه.

قال فی القواعد: (وأما العبد فلیس له أن یتصرف فی ماله بما ینافی الاکتساب، کالمحاباه والهبه وما فیه خطر کالقرض والرهن والقراض)، إلی أن قال: (وله التصرف فی وجوه الاکتساب کالبیع من المولی وغیره، وکذا الشراء، ویبیع بالحال لا بالمؤجل، فإن زاد الثمن عن ثمن المثل وقبض ثمن المثل وأخر الزیاده جاز، وله أن یشتری بالدین وأن یستسلف).

أقول: لکن مقتضی ما عرفت أنه یصح له حتی بالثمن المؤجل وبالزیاده والنقیصه عن ثمن المثل إذا کان فی ذلک المصلحه فی المعامله، أما المطلق فیصح

۱- المستدرک: ج۳ ص۴۵ الباب ۶ من المکاتبه ح۴
۲- المستدرک: ج۳ ص۴۵ الباب ۶ من المکاتبه ح۳

بالنسبه ولا يصح بالنسبه على ما عرفت، ومعنى عدم الصحه بالنسبه أو مطلقاً ما لم يكن بإجازه السيد، أما إذا كان بإجازه السيد أو إذنه سابقاً أو لاحقاً فلا إشكال، لأنه لا يزيد على الفضولى فى شىء، ومثله النكاح، وفى روايه «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز»((١)).

ثم إنه إذا جاز الربا بين المولى وعبده فيجوز هنا بالنسبه إلى ما لم يتحرر منه شىء، أما إذا تحرر فمقتضى القاعده الصحه بالنسبه والبطلان بالنسبه.

ثم قال الشرائع: (ولا يجوز للمولى التصرف فى مال المكاتب إلاّ بما يتعلق بالاستيفاء).

وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، وأن الاستيفاء يجب أن يكون بإذنه لأنه مخير فى جهه الوفاء.

نعم فى المسالك: قد يجوز تسلط المولى على الاستيفاء بغير إذنه فيما إذا كان مشروطاً وحل النجم ولم يؤده وكان بيده مال بقدره، ولو زاد فالتعيين موكول إليه، فإن امتنع عين الحاكم كما فى كل ممتنع.

أقول: الكلام فى المقام كالكلام فى سائر موارد الدين، فلا يزيد عليه شىء.

وهل يحتاج التقاص إلى إذن الحاكم أم لا، ذكرنا ذلك فى بعض مباحث (الفقه) وقربنا عدم الاحتياج، لحديث هند مع رسول الله (صلى الله عليه وآله) الظاهر فى كونه حكماً لا أنه أجاز لها بالولايه، لأصاله أن أقوالهم (عليهم الصلاه والسلام) أحكام لا أنها من جهه الولايه المستثناه، سواء فى ولايه النبى (صلى الله عليه وآله) والإمام (عليه السلام) التى هى فوق ولايه الحاكم، وقررناه فى كتاب الحكم.

والظاهر أنه لا فرق بين المطلق والمشروط فى عدم جواز تصرف المولى فى ماله، وذلك لأنه تشبث بالحريه، ومعنى المكاتبه

١- الوسائل: ج١٦ ص٥٢٣ الباب ٢٤ من نكاح العبيد ح١

أنه لا يتصرف فی ماله إلّا بما يكون فی طريق فكه، فإذا لم يتحرر منه شیء بأن كان مشروطاً أو مطلقاً ولم يؤد بعد شيئاً لم يكن كسائر العبيد فی تصرف المولی فی ماله.

وعلی أی حال، فقد قال فی الشرائع: (ولا يجوز له وطی المكاتبه بالملك ولا بالعقد).

وذلك لعدم كونها مملوكه محضه أو حره محضه، أما فی المبعضه بعد أدائها بعض النجوم فلوضوح أنها حره فی بعض وأمه فی بعض، ومثلها لا تنكح ولا توطأ بالملك، لما ذكرناه فی كتاب النكاح من بعض الأدله الداله علی أنه يجب أن تكون المرأه إما أمه محضه أو حره محضه حتی توطأ بالملك أو بالنكاح، فإنه مقتضی التقابل بينهما فی قوله سبحانه: (إلّا علی أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم)((١))، ولبعض الروايات الخاصه الداله علی ذلك.

وأما إذا كانت مطلقه لم تؤد شيئاً أو مشروطه فلأنها متشبثه بالحريه فليست كسائر الإماء، أما روايه حسين بن خالد فإنها تدل علی بعض المطلوب، فقد روی عن الصادق (عليه السلام) قال: سئل عن رجل كاتب أمه له فقالت الأمه: ما أديت مكاتبتی فأنا به حره علی حساب ذلك، فقال لها: نعم، فأدت بعض مكاتبتها وجامعها مولاها بعد ذلك، قال: «إن كان أكرهها علی ذلك ضرب من الحد بقدر ما أدت من مكاتبتها، ودرئ عنه من الحد بقدر ما بقی له من مكاتبتها، وإن كان تابعته كانت شريكته فی الحد ضربت مثل ما يضرب هذا»((٢)).

وربما يقال: إن فی المكاتبه المطلقه التی لم تؤد شيئاً والمشروطه يجوز للمولی

١- سوره المؤمنون: الآيه ۶

٢- الوسائل: ج١۶ ص٩٣ الباب ٨ من المكاتبه ح١

الوطى للاستصحاب.

أما ما استدل به فى المسالك والجواهر وغيرهما للعدم، من كون المكاتب كالواسطه بين الرق والحر بالنسبه إلى الأحكام ومنها ذلك، فلم يعرف من النص، إذ لا نص إلا روايه حسين بن خالد ولا دلاله فيها، وروايه الحلبى، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «المكاتب يجلد الحد بقدر ما وافق»، قلت: أرأيت إن أعتق نصفه أتجوز شهادته فى الطلاق، قال: «إن كان معه رجل وامرأه جازت شهادته»([(١)])، ومثلهما غيرهما ولا دلاله فيهما على الإطلاق الذى ذكروه، وإن كان مقتضى الاحتياط فى الفروج الذهاب إلى ما ذهبوا إليه.

بالإضافه إلى ما عن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قال: «لا يطأ الرجل مكاتبته إذا كاتبها»([(٢)]).

ومما ذكرناه يعلم الكلام فى قول الشرائع: (ولو طاوعته حدت)، والظاهر أن المراد به التعزير، ولذا قال فى التحرير: (فإن طاوعته عزرت ويعزر للشبهه مع الشرط وعدمه)، ثم قال فى آخر المبحث: (والتعزير الذى أوجبناه إنما هو للعالم منهما، فلو جهلا فلا تعزير، ولو جهل أحدهما عزرالآخر)([(٣)]).

وإنما لم يكن التعزير للجاهل لقوله (صلى الله عليه وآله): «ادرؤوا الحدود بالشبهات»، فيما رواه عنه الفريقان.

ثم فيما ذكرنا من تحريم الوطى إن وطأ فالظاهر أن عليه لها مهر المثل لمقتضى القاعده، بالإضافه إلى خبر على بن جعفر، عن أخيه (عليهما السلام) فى رجل وقع على مكاتبته، قال: «عليه مهر مثلها فإن ولدت منه فهى على مكاتبتها، وإن عجزت فردت فى الرق فهى من أمهات الأولاد»([(٤)]).

ص:١٤٧

١- الوسائل: ج١٦ ص١٠٢ الباب ٢٢ من المكاتبه ح١

٢- المستدرك: ج٣ ص٤٦ الباب ٨ من المكاتبه ح١

٣- الوسائل: ج١٨ ص٣٣٦ الباب ٢٤ من مقدمات الحدود ح٤

٤- الجواهر: ج٣٤ ص٣٠٩، والوسائل: ج١٦ ص٩٦ الباب ١٤ من المكاتبه ح١

كذا فى الجواهر.

وفى الوسائل رواه عن على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر، عن أبيه (عليهم السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى رجل وقع على مكاتبته فنال من مكاتبته فوطأها، قال: «عليه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهى على مكاتبتها، وإن عجزت فردت فى الرق فهى من أمهات الأولاد»((١)).

وخبر السكونى، عن الصادق (عليه السلام)، إن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال فى مكاتبه يطأها مولاها فتحمل، قال: «يرد عليها مهر مثلها وتسعى فى قيمتها فإن عجزت فهى من أمهات الأولاد»((٢)).

ثم الظاهر بالنسبه إلى المهر يكون كل دفعه من الوطى، وتكرر الإدخال والإخراج موجب لمهر واحد، أما لو تكررت الدفعات كان لكل دفعه مهر.

ولذا قال فى الجواهر: (بل قد يقوى تكرر المهر بتكرر الوطى وإن لم يتخلل الأداء لتعدد السبب، اللهم إلّا أن يدعى انسياق الاتحاد من الخبرين مضافاً إلى أصل البراءه، لكن دعوى الانسياق حتى مع التخلل كما ترى، ومن هنا استوجه غير واحد التفصيل بذلك، وقد يحتمل التعدد بالعلم بالحكم وإلّا فمع الشبهه المستمره مهر واحد) انتهى. وكلامه فى غير ما ذكرناه محل نظر، لما عرفت من وجهه.

والقبل والدبر لا فرق بينهما فى إيجاب المهر، أما إذا أدخل فى هذا وفى هذا فى دفعه واحده، فالظاهر أنه من وحده الوطى لا من تعدده، لأن الاعتبار بالعرف، كما ذكروا مثل ذلك فى تعدد الازدراد والجرعات فى باب الصوم.

١- الوسائل: ج١۶ ص٩۶ الباب ١۴ من المكتاتبه ح١

٢- الوسائل: ج١۶ ص٩٧ الباب ١۴ من المكاتبه ح٢

وعلى أی حال، فمما تقدم یظهر وجه ما ذکره الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وکذا لا یجوز له وطی أمه المکاتبه ولا أمه المکاتب، ولو وطأ بشبهه أو غیر شبهه کان علیه المهر لما عرفت، نعم لو وطأ بنت المکاتبه المملوکه له لم یکن علیه مهر لأنها أمته، وإنما وجب المهر لنفسها ولأمتها لأنه من کسبها بخلاف مهر البنت، کما هو واضح).

ثم قال الشرائع: (وکلما یکتسبه المکاتب قبل الأداء وبعده فهو له، لأن تسلط المولی زال عنه بالکتابه).

وهو کما ذکره، نعم مراده ببعد الأداء ما إذا کان بعد مکاتباً لا ما إذا تحرر، لأن کونه له بعد التحرر لوضوحه لم یحتج إلی التنبیه، أما لو عجز ففسخ المولی ملک المال معه بناءً علی ملک المولی، أما بناءً علی ملک العبد کما استظهرناه فهو ملک محجور.

ثم قال: (ولا تتزوج المکاتبه إلاّ بإذنه)، وذلک أیضاً واضح لأن المکاتبه مطلقه کانت أو غیر مطلقه مؤدیه بعض المال أو غیر مؤدیه، للمولی کل الحق أو بعض الحق فیها، فلا یصح التزویج إلاّ بإذنه، فهو من مصادیق (عبداً مملوکاً لا یقدر علی شیء)((۱))، هذا بالإضافه إلی فحوی جمله من الروایات التی تقدمت فی تزویج المکاتب:

مثل ما عن معاویه بن وهب، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، إنه قال فی رجل مملوک کاتب علی نفسه وماله وله أمه وقد شرط علیه أن لا یتزوج فأعتق الأمه وتزوجها، قال: «لا یصلح له أن یتصرف فی ماله إلا الأکله من الطعام، ونکاحه فاسد مردود»((۲)).

إلی غیرها مما تقدم.

هذا بالإضافه إلی خبر أبی بصیر، إنه سأل الباقر (علیه السلام) عن رجل أعتق

۱- سوره النحل: الآیه ۷۵

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۸۹ الباب ۶ من المکاتبه ح۱

نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، قال: «فليشترط عليها أنها إن عجزت عن نجومها فإنها ترد في الرق في نصف رقبتها، فإن شاء كان له في الخدمه يوم ولها يوم إن لم يكاتبها»، قال: قلت: فلها أن تتزوج في تلك الحال، قال: «لا حتى تؤدي جميع ما عليها في نصف رقبتها»((١)).

وعليه تكون نكاحها فضولياً إن بادرت، ولذا قال في الشرائع: (ولو بادرت كان عقدها موقوفاً مشروطه كانت أو مطلقه).

وقد تقدم الإلماع إلى قوله (عليه الصلاه والسلام): «إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده فإذا أجاز جاز»((٢))، كما تقدم أنه إذا لم تأخذ الإجازه وتحررت كلًا بسبب الكتابه أو بغيرها لا تحتاج إلى عقد جديد، وإنما يكفي إجازتها المستقبليه، على ما ذكروا في باب الفضولي مفصلًا.

ثم قال الشرائع: (وكذا ليس له وطي أمه يبتاعها إلّا بإذن مولاه ولو كانت كتابه مطلقه).

أقول: وذلك لما تقدم من أن مثل هذا الأمر هو من الشيء المنفي في الآيه، قال سبحانه: ﴿ضرب الله مثلًا عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾((٣))، ومن الواضح أن وطي الأمه من الشيء.

ص:١٥٠

١- الوسائل: ج١٦ ص٩٥ الباب ١٢ من المكاتبه ح١
٢- الوسائل: ج١٤ ص٥٢٣ الباب ٢٤ من نكاح العبيد ح١
٣- سوره النحل: الآيه ٧٥

مسأله ۳: ما يشترط على المكاتب فى العقد

(مسأله ۳): قال فى الشرائع: (كل ما يشترط المولى على المكاتب فى عقد الكتابه يكون لازماً ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنه).

أقول: هو كما ذكره فى المستثنى والمستثنى منه، فالشرط سواء كان فى زمن الكتابه أو بعد العتق، وسواء كان الشرط عملاً أو مالاً أو حقاً أو غير ذلك، يكون مشمولاً لقوله (عليه الصلاه والسلام): «المؤمنون عند شروطهم»((۱))، و(أوفوا بالعقود)((۲))، وغيرهما مما ذكروه فى باب الشروط.

أما إذا كان مخالفاً للكتاب والسنه فلوضوح أن مخالف الكتاب يطرح، وكذلك مخالف السنه الاقتضائيه على ما حقق فى كتاب البيع فى باب الشرط، فلو شرط مثلاً عدم الحريه بعد الأداء أو الوطى بعده بطل الشرط وصحت الكتابه، لما ذكرناه هناك من أن بطلان الشرط لا يستلزم بطلان العقد لأنه من باب الالتزام فى الالتزام.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: بل الأقوى بطلان العقد كما تقدم محرراً فى كتاب البيع الذى مر فيه تسلط من له الشرط على الخيار مع عدم الوفاء مطلقاً، أو إذا تعذر جبره على الوفاء.

ومما تقدم يعلم عكس المسأله، وهو أن كل ما يشترط المكاتب على المولى فى عقد الكتابه، سواء مع بقاء الكتابه أو بعدها يكون لازماً ما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنه.

ولا مخالفاً لمقتضى العقد، سواء فى شرط المولى على العبد أو شرط العبد على المولى.

أما إذا شرط الكتابه فى عقد آخر فإن كان على نحو شرط النتيجه صحت، وإن كان على نحو شرط الفعل ألزم بأن يكاتب بعد العقد، فإذا لم يكاتب أجبره الحاكم، فهو كشرط نكاح امرأه فى عقد آخر حيث يلزم

۱- الوسائل: ج۱۵ ص۳۰ الباب ۲۰ من المهور ح۴

۲- سوره المائده: الآيه ۱

عليه، ويجبر إن لم يفعله، وإن كـان بينهمـا فرق من جهه أن شـرط النتيجه صـحيح فى المكاتبه وليس بصـحيح فى النكاح، لأدله توقف النكاح على الصيغه الخاصه، ومثله الطلاق.

ص:١٥٢

مسأله ۴: لا یدخل الحمل فی کتابه امه

(مسأله ۴): قال فی الشرائع: (لا یدخل الحمل فی کتابه أمه).

أقول: لأن الحمل لیس طرف المکاتبه، ولا دلیل علی ولایه الأم أو الأب فیما إذا کان عبداً فی مکاتبه الحمل، وذلک بخلاف التدبیر الذی هو عتق یقع علی الصغیر والکبیر، المتصل والمنفصل.

ومنه یعرف الحال فی عدم دخول أولاد المکاتب والمکاتبه فی کتابه الأب والأم، نعم یصح اشتراط تحریرهم کلًا أو بعضاً بتحریره کلًا أو بعضاً، لأنه من الشرط الذی تقدم صحته مطلقاً، فهو غیر مناف للعقد ولا مخالف للکتاب والسنه، ولیس مثل هذا الشرط فی المقام من المستثنی.

ثم قال الشرائع: لکن لو حملت بمملوک بعد الکتابه کان حکم أولادها کحکمها ینعتق منهم بحسابها، والحمل بالمملوک إنما یکون إذا کان من عبد بإذن السید أو من زنا، وهی جاهله أو عالمه، لأن ولد الزنا فی حکم الولد فی کل شیء إلّا فی الإرث علی ما ذکرناه فی کتاب النکاح، وقد أطلقه فی المقام جماعه، ولا وجه لإشکال الدروس فی المسأله لعدم إلحاقه بها شرعاً.

ویدل علیه بالإضافه إلی القاعده بعض الروایات: کصحیح برید العجلی، قال: سألته (علیه السلام) عن رجل کاتب عبداً له علی ألف درهم ولم یشترط علیه حین کاتبه إن هو عجز عن مکاتبته فهو رد فی الرق، وأن المکاتب أدی إلی مولاه خمسمائه درهم ثم مات المکاتب وترک مالاً وترک ابناً له مدرکاً، قال: «نصف ما ترک المکاتب من شیء فإنه لمولاه الذی کاتبه، والنصف الباقی لابن المکاتب، لأن المکاتب مات ونصفه حر ونصفه عبد للذی کاتبه، فابن المکاتب کهیئه أبیه نصفه حر ونصفه عبد للذی کاتب أباه، فإن أدی للذی کاتب أباه ما بقی علی أبیه فهو حر لا سبیل لأحد من الناس علیه».

ص:۱۵۳

كذا فى روايه الكلينى، وعن الشيخ روايته مسنداً إلى أبى جعفر (عليه السلام)((١)).

ومثله فى الدلاله صحيح محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى مكاتبه توفيت وقد قضت عامه الذى عليها وقد ولدت ولداً فى مكاتبتها، قال: فقضى فى ولدها أن يعتق منه مثل الذى عتق منها، ويرق منه ما رق منها»((٢)).

وفى روايه الدعائم، عن على (عليه السلام) إنه قال: «اعلم أن ما ولد فى مكاتبتها فإنما يعتق منه ما يعتق منها ويرق منه ما رق منها»((٣)).

ثم إنه لا ـ ينافى ما ذكرناه فى هذه المسأله ما تقدم من أداء الأولاد ما بقى من مال الكتابه المطلقه التى قد أدى أبوهم بعضها، وذلك للأدله الخاصه المتقدمه.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر، حيث إنه بعد أن نقل عن التحرير والدروس والمسالك إطلاق حريه بعض الولد لسائر الشؤون قال: (لكن قد يناقش فى ذلك كله بأن مقتضى القواعد بعد أن لم يكن مكاتباً بكتابه أمه ملكيه السيد للولد بقاعده النماء، وليس هو من كسبها وإلا لملكته ووفت به، ومن المعلوم عدمه ضروره كونه من نمائه الذى هو مملوك للسيد وثبوت تبعيته لها فى التحرير وعدمه مع فرض بقائه لا ـ ينافى كونه ملكاً له الآن على وجه يجرى عليه حكم الملك من المعتق ونحوه. وحينئذ يتجه كون كسبه وقيمته لو قتل وقيمه أطرافه له أيضاً، وليس لها الاستعانه بشىء من ذلك فى وفاء نجومها، ونفقته على السيد ومؤنه تجهيزه

١- الوسائل: ج١٦ ص٩١ الباب ٧ من المكاتبه ح١

٢- الوسائل: ج١٦ ص٩١ الباب ٧ من المكاتبه ح٢

٣- المستدرك: ج٣ ص٤۶ الباب ٧ من المكاتبه ح٣

کذلک، بل إن لم یکن إجماع جاز له التصرف فیه ببیع ونحوه خصوصاً بعد عدم الدلیل علی کثیر مما ذکروه هنا من وقف الکسب ومن استعانه الأم عند العجز وغیرهما).

إذ ظاهر تبعیته لها فی التحریر تبعیته لها فی کل الشؤون، فإنه المتفاهم عرفاً لا فی التحریر دون غیره، وإن کان یمکن ذلک عقلاً، إلّا أن التلازم العرفی مقتض لفهم أحد الأمرین من الآخر.

ثم قال الشرائع: (ولو تزوجت بحر کان أولادها أحراراً).

أقول: وذلک لأن ولد الحر حر إلّا مع شرط الرقیه علیه بناءً علی صحته، علی ما فصل فی کتاب البیع.

ثم قال: (ولو حملت من مولاها لم تبطل الکتابه).

أقول: وذلک للأصل وغیره، وکون الولد حراً لیس معناه بطلان الکتابه.

وفی خبر علی بن جعفر، عن أخیه موسی بن جعفر، عن أبیه (علیهم السلام)، قال: قال رسول الله (صلی الله علیه وآله) فی رجل وقع علی مکاتبته فنال من مکاتبته فوطأها، قال: «علیه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهی علی مکاتبتها، وإن عجزت فردت فی الرق فهی من أمهات الأولاد»((۱)).

وحیث إنها أصبحت من أمهات الأولاد فإن مات وعلیه شیء من الکتابه تحررت من نصیب ولدها، علی ما ذکره الشرائع تبعاً لغیره، وتبعه غیره، بل الظاهر الإجماع فی المسأله، لأن الکتابه لا تقف أمام التحریر المستعجل الذی جعله الشارع، فإن ذلک مقتضی الجمع بین الدلیلین، ومعنی کونها أصبحت أم ولد هو ذلک.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۹۶ الباب ۱۴ من المکاتبه ح۱

وفی خبر السکونی، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «إن أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال فی مکاتبه یطأها مولاها فتحمل، قال: یرد علیها مهر مثلها وتسعی فی قیمتها، فإن عجزت فهی من أمهات الأولاد»((۱)).

ثم قال الشرائع: (فإن لم یکن لها ولد سعت فی مال الکتابه للوارث).

والمراد الولد الذی من المولی حین موته، أو کان لها ولد لکن لم یف نصیب الولد بما علیها من بقایا مال الکتابه، فإن اللازم علیها السعی فی کل مال الکتابه أو بعضها للوارث حتی إذا کان الوارث الإمام (علیه الصلاه والسلام) لإطلاق الأدله التی تقدمت جمله منها فی نجوم السعی علی المبعض، وقد تقدمت روایه علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (علیهم السلام) عن رسول الله (صلی الله علیه وآله).

ثم إن الجواهر قال: (ولو تنازع المولی والمکاتبه فی تقدم الولد علی الکتابه وتأخره، ففی التحریر والقواعد والدروس حلف المولی، ولو تنازع المکاتب والسید حلف المکاتب، قالا: والفرق أن یده ثابته علیه وهو یدعی ملکه فیترجح بالید، والمکاتبه لا تدعی الملک إنما تدعی الوقف ولم یثبت کون الید مرجحه للوقف، وأشکل علیهما ـ بناءً علی ملاحظه قاعده تأخر مجهول التاریخ عن معلومه ـ إنه ینبغی مراعاته والید لا تصلح للترجیح مالم یسندها صاحبها إلی سبب خاص یکون به مدعیاً).

لکن الظاهر أن المقدم هو الأب والأم، لأن کلاً منهما ذو ید، وذو الید داخل، والخارج هو المحتاج إلی البینه، فهو کما إذا اختلف الأب والزوج فی أن الولد قبل النکاح فلا یرث أو بعده فیرث، وکذلک إذا اختلف الأب والزوجه، وقاعده

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۹۷ الباب ۱۴ من المکاتبه ح۲

تـأخر مجهول التاريـخ لاـ تصـادم (البينه على المـدعى واليمين على من أنكر) لأـن المـدعى والمنكر هما عرفيان، كما ذكروا فى كتاب النكاح، بينما قاعده مجهول التاريخ قاعده لا يأتى دورها مع وجود الدليل.

ص:١٥٧

مسأله ۵: فطره المشروط علی مولاه

(مسأله ۵): قال فی الشرائع: (المشروط رق وفطرته علی مولاه).

أقول: وذلک هو مقتضی القاعده، لأن المشروط إذا لم یؤد کل ما علیه فهو رق وإنما یخرج عن الرقیه بأداء کل ما علیه کما تقدم، فلو أدی أکثر ما علیه أیضاً لم یخرج عن الرق، وما دام هو رقیق فالفطره علی المولی، کما ذکره غیر واحد، تبعاً لإطلاق النصوص التی تقدمت فی کتاب الزکاه.

وفی روایه محمد بن أحمد، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «یؤدی الرجل زکاه الفطره عن مکاتبه ورقیق امرأته وعبده النصرانی والمجوسی ومن أغلق علیه بابه»((۱)).

وعلی هذا فسواء کان یعمل للمولی أو لا یعمل له تکون الفطره علیه، نعم إن خرج عن عیلوله المولی إلی عیلوله غیره فهو داخل فی الأدله الداله علی کون الفطره علی المعیل.

ویؤید ذلک ما تقدم فی روایه أبی بصیر، عن الصادق (علیه الصلاه والسلام)، قال: «المکاتب لا یجوز له عتق ولا هبه ولا نکاح ولا شهاده ولا حج حتی یؤدی جمیع ما علیه إذا کان مولاه قد شرط علیه إن هو عجز فهو رد فی الرق، ولکن یبیع ویشتری، وإن وقع علیه دین فی تجاره کان علی مولاه أن یقضی دینه لأنه عبده»((۲)).

وفی روایه دعائم الإسلام، عن أبی جعفر وأبی عبد الله (علیهما السلام) أنهما قالا: «إذا شرط علی المکاتب أنه إن عجز رد فی الرق، حکمه حکم المملوک فی کل شیء خلا ما یملکه فإنه یؤدی منه نجومه» الحدیث((۳)).

إلی غیر ذلک من المؤیدات.

۱- الوسائل: ج۶ ص۲۲۹ الباب ۵ من زکاه الفطره ح۹

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۹۰ الباب ۶ من المکاتبه ح۲ و ۳

۳- المستدرک: ج۳ ص۴۵ الباب ۶ من المکاتبه ح۲

أما حديث على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن المكاتب هل عليه فطره رمضان أو على من كاتبه أو تجوز شهادته، فقال: «الفطره عليه، ولا تجوز شهادته»((۱)).

فربما احتمل فيه أن الضمير فى (عليه) يعود إلى المولى لا إلى العبد، لأنه أقرب إلى الضمير، والأقرب يمنع الأبعد، أما لا تجوز شهادته فهو راجع إلى العبد لأن الكلام فيه، هذا بالإضافه إلى احتماله التقيه كما ذكره الوسائل وغيره، لأن شهاده العبد مقبوله كما يدل عليه خبر على (عليه الصلاه والسلام) مع شريح وغيره.

ومن ذلك يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك قائلاً:

(المكاتب مطلقاً قد خرج عن محض الرقيه ولم يصر إلى حاله الحريه وهو مرتبه بينهما كما علم مراراً، ومن سقوط أحكام الرقيه عنه سقوط نفقته عن مولاه فتعلقها بكسبه، وقد كان اللازم من ذلك ثبوت فطرته على نفسه أيضاً لأنها تابعه للنفقه، لكن قد أطلق جماعه من الأصحاب وجوب فطره المشروط على مولاه والحكم عليه بإطلاق الرقيه، مع أن على بن جعفر روى عن أخيه (عليه السلام) كون الفطره عليه ولم يفرق بين القسمين.

وفى الدروس اقتصر على نقل وجوب فطره المشروط على مولاه عن بعض الأصحاب، ثم احتمل عدمه محتجاً بأنها تابعه للنفقه، وابن البراج صرح بعدم وجوبها على المولى، ولا بأس بهذا القول وإن كان الأشهر خلافه، وأما المطلق فلا تجب فطرته على مولاه اتفاقاً ولا على نفسه إلّا أن يتحرر منه شىء فتجب بنسبه الحريه).

لكن مقتضى القاعده أن المطلق أيضاً تجب فطرته على مولاه إذا لم يؤد شيئاً

ص:۱۵۹

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۲ الباب ۲۲ من المكاتبه ح۲

أما إذا أدى شيئاً فبنسبه الحريه لإطلاق الدليلين، فقول الشرائع: (ولو كان مطلقاً لم يكن عليه فطرته)، ظاهره أنه ليس كالمشروط فى وجوبها عليه مطلقاً، بل هو إن لم يؤد شيئاً ففطرته على مولاه، وإن أدى بعضاً ففطرته بالنسبه، كما ذكره الجواهر وغيره.

وإذا لم يعلم هل هو أدى شيئاً أم لا فالأصل عدم الأداء.

ولو لم يعلم هل هو مشروط ففطرته على المولى كلًا، أو مطلق وقد أدى بعض المال فالاستصحاب يقتضى كونه على المولى، لكن أصل عدم الشرط حاكم عليه ففطرته تبعض.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (وإذا وجب عليه أى المكاتب مشروطاً كان أو مطلقاً لم يؤد كفاره مترتبه أو مخيره، كفّر بالصوم للحجر عليه بالتصرف فى المال بغير الاكتساب... وحينئذ فلو كفّر بالعتق لم يجزه، وكذا لو كفّر بالإطعام، لأن كلًا منهما تصرف فى المال بغير اكتساب، وقد عرفت منعه منه، بل لو كان المولى أذن له قيل والقائل الشيخ فى محكى مبسوطه: لم يجزه أيضاً، لأنه كفّر بما لم يجب عليه كالمعسر الذى تكلف التكفير بما لم يجب عليه أو تبرع عنه. والمحكى عن الشيخ فيه نفى الخلاف عن عدم إجزاء الكفاره عنه بما أعسر عنه، وحينئذ لم يوافق أحد منهما الأمر المقتضى للإجزاء، وإذن المولى إنما اقتضت رفع الحجر عنه لا توجه الخطاب إليه. وفيه: إن إطلاق الأدله يقتضى خطابه بذلك سواء كان على التخيير أو الترتيب بعد ارتفاع المانع)((١)).

أقول: الظاهر أن الأمر ليس على إطلاقه، فإذا كان الصوم يوجب ضعفه عن الاكتساب بما يساوى إطعامه أو عتقه يكون مخيراً، كما أنه لو ضعف بما يزيد على ذلك يكون الإطعام والعتق مقدماً، وكذلك إذا كان عبده آبقاً بما لا ينفع المولى

١- جواهر الكلام: ج٣۴ ص٣١٢

به فإنه يجوز له عتقه، وهكـذا إذا شـرط عليه عنـد ابتياع عبـده أو نحو ذلك عـدم إعطائه لأحـد وأبيح له عتقه يكون خارجاً عن إمكان العطاء إلى المولى.

وقد ذكرنا فى كتاب الوكاله وغيره صحه تبرع الغير، فإذا تبرع الغير عنه إطعاماً أو عتقاً كفى أيضاً.

والظاهر أن إذن المولى كاف، لأن المانع هو المولى، فإذا أذن لم يكن به بأس كما تقـدم عن الجواهر، ولعله لذا قال الشـرائع فى كلامه المتقدم (قيل)، مما يشعر بتمريضه وإن لم يرد عليه بعد ذلك.

وكيف كان، فإذا عجز عن الصوم ولم يكن من موارد الإطعام أو العتق، كانت الكفاره استغفاره، كما ذكرناه فى كتاب الكفارات مما دل عليه النص والفتوى.

وممـا تقـدم يعلم أنه لو كفّر بـالعتق وأجـازه المولى كفى، وإن ذكروا أنه لاـ تـدخل الفضوليه فى العتق وسـائر الإيقاعات، إلاّ أن عمومات الأدله كافيه لدخول الفضولى فيه على تأمل.

ولا يبعـد أن يكون الإطعام هكذا، فليس هو من قبيل إتلاف المال بل يقع مراعى خصوصاً بعد المناطات فى قوله (عليه السـلام): «لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجاز جاز»((١))، بل فى روايه الرضاع: إن الإجازه تطيب اللبن السابق، فتأمل.

١- الوسائل: ج١٤ ص٥٢٣ الباب ٢٤ من نكاح العبيد ح١

مسأله ۶: لو ملک المملوک نصف نفسه

(مسأله ۶): قال فی الشرائع: (إذا ملک المملوک نصف نفسه کان کسبه بینه وبین مولاه، ولو طلب أحدهما المهایاه أجبر الممتنع، وقیل لا یجبر، وهو أشبه).

أقول: ذکر الشرائع النصف من باب المثال إذ لا ـ خصوصیه له، بل المعیار کون بعضه لنفسه ولو جزءاً من مائه جزء، وکذلک العکس.

وکیف کان، ففی روایه عمار بن موسی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی مکاتب بین شریکین فیعتق أحدهما نصیبه کیف یصنع الخادم، قال: «یخدم الثانی یوماً ویخدم نفسه یوماً»((۱)).

وفی روایه علی بن جعفر، عن أخیه موسی (علیه الصلاه والسلام)، فی مسأله الاستسعاء مما یظهر منها حکم المقام، قال: سألته عن رجل أعتق نصف مملوکه وهو صحیح ما حاله، قال: «یعتق النصف فیستسعی فی النصف الآخر یقوم قیمه عدل»((۲)).

وفی روایه الحارثی، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «فی رجل توفی وترک جاریه له فأعتق ثلثها فتزوجها الوصی قبل أن یقسم شیئاً من المیراث، أنها تقوم وتستسعی هی وزوجها فی بقیه ثمنها بعد ما تقوم فما أصاب المرأه من عتق أو رق جری علی ولدها»((۳)).

إلی غیر ذلک من النصوص الوارده فی مسأله الاستسعاء من کتاب العتق، وقد تقدم بعضها.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۰ الباب ۱۹ من المکاتبه ح۴
۲- الوسائل: ج۱۶ ص۶۵ الباب ۶۴ من العتق ح۸
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۶۴ الباب ۶۴ من العتق ح۴

أمـا مسأله المهاياه فلا دليل على جبر أحـدهما بها، لوضوح أن المهاياه خلاف الأصل، فإن مقتضـى القاعـده الاشتراک، فاحتمال الجبر لأـن لکـل منهمـا الانتفـاع بنصـيبه ولاـ يمکن الجمع بين الحقين فى وقت واحـد، فکـانت المهاياه طريق الجمع بين الحقين ووسـيله إلى قطع التنـازع، ولاـ ضـرر فيها بل هى موافقه لقاعـده «لا ضـرر ولا ضـرار» غير ظاهر الوجه، فإن المهاياه ليست الطريق الوحيد للجمع بين الحقين، أما الإشکال عليها بکون المنافع معدومه کما فى الجواهر فمحل تأمل.

نعم مـا ذکره من أن خبر عمـار بن موسـى مع قطع النظر عن سـنده لاـ يـدل على تعيين ذلـک تبعـاً للمسالک فهو کما ذکراه، بل الظاهر منه أن الإمام (عليه الصلاه والسلام) ذکر الطريق الطبيعى للمشترک بين السيد والعبد کما کان متعارفاً فى تلک الأزمنه.

ولا يخفى أنه کما يصح الاشتراک والمهاياه يصح الصـلح، سواء کان صـلحاً فى مقادير الزمان أو العمل أو الإنتاج أو بالاختلاف لإطلاق الأدله.

ص:۱۶۳

مسأله ۷: لو كاتب عبده ومات

(مسأله ۷): قال فی الشرائع: (لو كاتب عبده ومات وأبرأه أحد الوراث من نصيبه من مال الكتابه أو أعتق نصيبه صح ولا يقوم عليه الباقی).

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعده، لأن دليل السرايه إنما هو فيما إذا أعتق الإنسان نفسه شيئاً من العبد، وهنا المورث لم يعتق العبد، والوارث وإن كان أبرأ إلاّ أن دليل التقويم لا يشمله، وإنما الإبراء هنا تنفيذ للمكاتبه، هذا بالنسبه إلى ما لو أبرأه أحد الوراث.

وأما لو أعتق، ففی الجواهر: (إن قلنا بعدم السرايه لو أعتق المورث بعض مكاتبه أو حصته من المكاتب المشترك وخروجه بالمكاتبه عن محض الرقيه، فلا تشمله أدله التقويم المخالف للأصل، خصوصاً مع إمكان تضرر المكاتب بالسرايه، حيث إنه ينقطع عنه بها الولد والكسب اللذان يحصلان له بتحريره بأداء الكتابه، فعدمها هنا أولى، لتنزيل عتق الوارث منزله إبرائه الذی هو تنفيذ لفعل المورث، وإن قلنا بها فی المورث ففی القول بها هنا وجهان، من ذلك، ومن صدق مباشرته للعتق ابتداءً فيشمله دليل السرايه، ولعله لا يخلو من قوه، بل هو خيره الكركی فی حاشيته).

ويمكن أن يقال: إنه حيث كان الأصل عدم السرايه، فإذا شك فی بطلان الكتابه بإعتاق بعض الورثه كان الأصل بقاء الكتابه وعدم الانعتاق، نعم لو بطلت الكتابه بالرد فی الرق فی المشروطه شمله دليل السرايه حينئذ، سواء بالنسبه إلى المورث أو الوارث.

والظاهر انحلال الكتابه المشروطه بموت المورث إلى كتابتين أو أكثر، وهو مثل الخيار الذی ينتقل إلى الوارث، حيث يتعدد على ما ذكروه فی بحث الخيار.

ومما تقدم يعلم عدم الفرق فى حكم الوحده والتعدد بين أن يرث المورث واحد ثم يموت وينتقل إلى المتعدد، أو يرثه المتعدد فيموتان فينتقل حقهما إلى وارث واحد.

ومنه يعرف الحال فيما إذا كاتبه سيدان فماتا وورثهما وارث واحد.

ومثل موت المورث ما إذا ارتد حيث ينتقل حقه إلى الوارث حسب موازين الارتداد.

ص:۱۶۵

مسأله ۸: إعانه المكاتب من الزكاه

(مسأله ۸): قال فی الشرائع: (من كاتب عبده وجب عليه أن يعينه من زكاته إن وجب عليه، ولا حد له قلةً ولا كثرةً، ويستحب التبرع بالعطيه إذا لم تجب).

وفی الجواهر: (وفاقاً فی ذلک كله للمحكی عن الشيخ فی خلافه وكثير من المتأخرين، بل عن الأول دعوى إجماع الفرقه وأخبارهم، بل فی الرياض هو الحجه فی الوجوب والتخصيص بالمولی).

أقول: مقتضی القاعده عدم الوجوب، فإن الأمر فی الآيه بقرينه السياق غير ظاهر فی الوجوب، ثم إنه لا دليل علی أن يكون الإعانه من الزكاه، بل لعل ظاهر الآيه خلافه، هذا بالإضافه إلی أن فی الروايات الداله علی الإعانه شواهد علی الاستحباب، والظاهر أن الاستحباب مطلق لا ـ خاص بالسدس أو نحو ذلک، وما فی بعض الروايات من باب المصداق، وإلّا فكلما كان أقل كان من المستحب، وكلما كان أكثر كان من المستحب الأفضل.

فعن محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: سألته عن قول الله عز وجل: (وآتوهم من مال الله الذی آتاكم)([1])، قال: «الذی أضمرت أن تكاتبه عليه لا ـ تقول أكاتبه بخمسه آلاف فأترک له ألفاً، ولكن انظر إلی الذی أضمرت عليه فأعطه»([2]).

وعن العلاء بن فضيل، عن أبی عبد الله (عليه السلام)، قال فی قول الله عز وجل: (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذی آتاكم)، قال: «تضع عنه من نجومه التی لم تكن تريد أن تنقصه منها، ولا تزيد فوق ما فی نفسک»، قلت:

۱- سوره النور: الآيه ۳۳

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۹۳ الباب ۹ من المكاتبه ح۱

كم، قال: «وضع أبو جعفر (عليه السلام) عن مملوك ألفاً من سته آلاف»((١)).

وفى المسالك قال: (وأما الحطّ فقد روى عن السلف قولاً وفعلاً).

وعن القاسم بن بريد، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن قول الله عز وجل: (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم)، قال: «سمعت أبى (عليه السلام) يقول: لا ـ يكاتبه على الذى أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه، ولكن يضع عنه مما نوى أن يكاتبه عليه»((٢)).

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى قول الله عز وجل: (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم)، قال: «ربع الكتابه»، قال: وقال أمير المؤمنين (عليه السلام): «يترك المكاتب ربع الكتابه»((٣)).

وقال أبو جعفر (عليه السلام): «لا تقل أكاتبك بخمسه آلاف وأترك لك ألفاً، ولكن انظر الذى أضمرت عليه وعقدت فأعطه منه»((٤)).

قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا يزيد عليه ثم يضع الزياده ولكن يضع من مكاتبته»((٥)).

وعن على بن إبراهيم فى تفسيره، الذى قالوا بأنه متون الروايات، فى ذيل آيه: (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً): فإن العبيد والإماء كانوا يقولون لأصحابهم كاتبونا، ومعنى ذلك أنهم يشترون

١- الوسائل: ج١٦ ص٩٣ الباب ٩ من المكاتبه ح٢ ، عن الكافى: ج٦ ص١٨٩

٢- الوسائل: ج١٦ ص٩٤ الباب ٩ من المكاتبه ح٣

٣- المستدرك: ج٣ ص٤٦ الباب ٩ من المكاتبه ح٢ و ٣

٤- دعائم الإسلام: ج٢ ص٣١١

٥- المستدرك: ج٣ ص٤٦ الباب ٩ من المكاتبه ح٤

أنفسهم من أصحابهم على أن يؤدوا ثمنهم فى نجمين أو ثلاثه فيمتنعوا عليهم، فقال الله تعالى: (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً)، ومعنى قوله: (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) قال: إذا كاتبتهم تجعل لهم من ذلك شيئاً((۱)).

وعن الجعفريات بسند الأئمه (عليهم السلام) إلى على بن أبى طالب (عليه السلام) قال: «وقوله تعالى: (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) أى يحط عنه عند الكتابه الربع»((۲)).

ومنه يعلم أن القول بوجوب الإيتاء غير ظاهر وإن استندوا إليه بظاهر الآيه وبعض الروايات، بل ربما استند إلى الإجماع المحكى عن مبسوط الشيخ حيث قال: الإيتاء واجب عندنا وهو أن يحط السيد عن مكاتبه شيئاً من مال الكتابه ويؤته شيئاً يستعين به على الأداء، لقوله تعالى: (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وهذا أمر.

وقال فى محكى التبيان: قال قوم: المعنى آتوهم من سهمهم من الصدقه، حيث ذكره فى قوله تعالى: (وفى الرقاب)((۳))، ونقله عن ابن زيد، عن أبيه، ثم قال: وهو مذهبنا((۴)).

ومن شواهد الاستحباب ما رواه الشيخ أبو الفتوح فى تفسيره عن ابن عازب، قال: أتى أعرابى إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) وقال: علمنى عملاً يدخلنى الجنه،

۱- تفسير القمى: ج۲ ص۱۰۲
۲- المستدرک: ج۳ ص۴۶ الباب ۹ من المكاتبه ح۷
۳- سوره البقره: الآيه ۱۷۷
۴- تفسير التبيان: ج۷ ص۴۳۴

فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «إن أوجزت فى اللفظ فهو كبير فى المعنى، اذهب فأعتق نسمه أو فك رقبه»، فقال: يا رسول الله (صلى الله عليه وآله): أو ليسا سواء، قال: «لا ـ العتق أن تعتق عبدك، والفك إعطاء ثمنه أو إعانته يعنى فى المكاتب»([(١)]).

وفى الجواهر: روى عنه (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «من أعان على مكاتب على فك رقبته أظله الله فى ظل عرشه»([(٢)]).

وعن أبى إسحاق، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سأل عن مكاتب عجز عن مكاتبته وقد أدى بعضها، قال: «يؤدى من مال الصدقه»([(٣)]).

والظاهر من الآيه والروايه بالإضافه إلى الأدله العامه، استحباب إعانه غير المولى أيضاً، وقد تقدم الحديث عن على (عليه الصلاه والسلام) أنه جلس يقسم مالاً ـ بين المسلمين فوقف عليه شيخ كبير فقال: يا أمير المؤمنين إنى شيخ كبير كما ترى وأنا مكاتب فأعنى من هذا المال، فقال: «والله ما هو بكد يدى ولا تراثى من الوالد، ولكنها أمانه أودعتها فأنا أردها إلى أهلها، ولكن اجلس» فجلس والناس حول أمير المؤمنين، فنظر إليهم وقال: «رحم الله من أعان شيخاً مثقلاً» فجعل الناس يعطونه([(٤)]).

كما تقدم أيضاً أن رسول الله (صلى الله عليه وآله) أعان سلمان فى كتابته([(٥)]).

إلى غير ذلك، بالإضافه إلى أنه إعانه على البر، وداخل فى فك العبد الذى هو مثوبه.

والظاهر أنه لا يجب على العبد القبول وإن أراد المولى إعطاءه، إذ لا تلازم

١- المستدرك: ج٣ ص٣٨ الباب ١ ح١٦

٢- جواهر الكلام: ج٣٤ ص٣١٩

٣- الوسائل: ج١۶ ص١٠٢ الباب ٢١ من المكاتبه ح١

۴- المستدرك: ج٣ ص۴۵ الباب ٢ من المكاتبه ح٣

۵- المستدرك: ج٣ ص۴٧ الباب ١۵ من المكاتبه ح٢

فى الدلاله فى الآيه والروايه بين الأمرين.

ثم إن المسالك قال: (ولو حط عنه كان إبراءً لا يعتبر فيه القبول على الأقوى) وتبعه الجواهر، لكنا ذكرنا فى بعض المباحث أن التصرف فى الإنسان لإدخال المال فى ملكه كإخراجه من ملكه خلاف أدله السلطنه، فهو خلاف تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم، والإبراء أيضاً بحاجه إلى قبول المبرئ لأنه نوع تصرف فيه، وإن كان المشهور لا يقولون بذلك، والمسأله بعدُ محل تأمل.

ثم لو عتق المكاتب قبل الإيتاء أو مات مثلًا سقط الوجوب لفوات محله الذى هو المكاتب، والاستحباب، على القولين.

ولو أعطاه ثم تبين غناه لم يضر ذلك، لأن الإعطاء من سهم الرقاب ليس بعنوان الفقر، ولوكان فقيراً فأعطاه ثم استغنى لم يكن له الاسترجاع للأصل وغيره.

وحيث لم يكن الإيتاء واجباً فلا وجه لاحتمال جواز مقاصه المكاتب من السيد فيما إذا لم يكن معطياً له لعدم ثبوت شىء فى ذمه السيد.

نعم للسيد احتساب ماله فى ذمه المكاتب من الزكاه التى عليه، ثم لو دفع إليه من الزكاه وكان مشروطاً فعجز عن دفع البقيه فاسترده رقيقاً فهل تسترد الزكاه، سواء كانت من المولى أو من غير المولى لأنها لم تصل إلى مصرفها، أو لا ترد للاستصحاب، احتمالان وإن كان الأول أوفق بالصناعه، فهو كإعطاء الزكاه لمن يريد الجهاد ثم لم يذهب إلى الجهاد لأنها لم تصرف فى سبيل الله، كما أن فى مقام لم تصرف فى الرقاب، والاحتياط فى الاسترداد لأنها لم تصرف فى مصرفها.

ولذا قال فى المسالك: (الوجه وجوب صرفه على المستحق إن كانت منه، وإلا أعادها على دافعها ليصرفها بنفسه، نعم لو كانت من المندوبه لم تجب الإعاده).

أقول: وإنما لم تجب الإعاده إذا لم تكن مشروطه، وإلا فللمعطى الأخذ بشرطه.

ثم إنه قد مضى فى بعض المسائل السابقه أنه لا يشترط العلم بالخير، والذكر فى الآيه من باب أفضل الأفراد، وعليه فاستحباب الإعطاء هنا أيضاً.

والظاهر عدم اشتراط رضا السيد بإعطاء الزكاه لعبده المكاتب، سواء كانت زكاه واجبه أو مندوبه، إذ لا دليل على اشتراط رضاه، كما أن الظاهر عدم اشتراط رضا العبد فى أخذ السيد زكاه الناس لأجله، لإطلاق الدليل فى الموردين على تأمل فى الثانى وقد تقدم.

ص:١٧١

مسأله ۹: لو اشتبه المؤدى من المكاتبتين

(مسأله ۹): قال في الشرائع: (لو كان له مكاتبان فأدّى أحدهما واشتبه، صبر عليه لرجاء التذكر فإن مات المولى استخرج بالقرعه) كما عن المبسوط، وعن الدروس أرجئ ليتذكر فإن زال الرجاء أقرع، وعن الخلاف إطلاق القرعه لأنها لكل أمر مشكل، ويمكن إرادته زوال الرجاء واستقرار الاشتباه والإشكال في مقابل الصبر إلى الموت المستلزم للضرر على المؤدى منهما كذا في الجواهر.

لكن لا ـ دليل على الصبر، بل اللازم إعمال قاعده العدل، لأنها مقدمه على القرعه، كما ذكرناها في الماليات في كتاب الخمس وغيرها، وهو مثل ما إذا لم نعلم أن أي الدائنين أدى دينه، حيث مقتضى القاعده تنصيف الدين الباقي عليهما لا الاقتراع، فإن قاعده العدل حاكمه على دليل القرعه لرفعها الإشكال، نعم حيث لا مجال لقاعده العدل كما في غير الماليات كانت القرعه محكمه، وإن كانت المسأله بعدُ بحاجه إلى التأمل.

وفي الجواهر: إذا اعترف أحدهما بعدم الأداء واختصت دعواه بالآخر ففي إلزام المولى بذلك إشكال أقواه العدم.

والمسأله سياله كما لو شك أن أيتهما زوجته، أو شك أن أيهما زوجها، أو شك أن أيهما ولده أو والده أو ما أشبه، أو شك أن أيهما عبده أو سيده، أو شك أن أيهما المحرم معه، إلى غير ذلك فإنه لا دليل على أن اعتراف أحدهما كاف في ترتيب الأحكام، بل اللازم إجراء موازين الدعوى ثم القرعه.

ثم قال الشرائع: ولو ادعيا على المولى العلم كان القول قوله مع يمينه، وذلك لأن المدعى هو الذي يحتاج إلى البينه وطرفه المنكر، فإن المولى الذي يدعى الجهل منكر لقول العبدين، وكذلك لو ادعى أحدهما على المولى العلم، ولو أقام أحدهما البينه كان الحق معه، ولو أقام كلاهما البينه أو لم يقم أيهما

ص:۱۷۲

البينه كان الأمر موكولاً إلى القرعه أو قاعده العدل على ما ذكروه أو ذكرناه.

أما لو ادعيا على المولى العلم وأنكر لكنه لم يستعد لليمين توجهت اليمين إليهما، فإن حلفا أو لم يحلفا فكذلك الأمر آئل إلى القرعه أو قاعده العدل، أما لو حلف أحدهما وأنكر الآخر فالحق مع الحالف.

والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون طرفهما المولى أو وارث المولى، ولو كان الوارث متعدداً كان لكل حكمه بالنسبه إلى حصته.

ولو بذلا مالاً ـ بقدر المتخلف فالظاهر انعتاقهما بذلك، وكذلك لو دفع المتبرع، لكن هل يجب على المولى القبول فى دفع المتبرع، احتمالا ـن، وإن كان الظاهر عدم وجوب القبول عليه، إذ هما المديونان لا المتبرع، فهو كما إذا تبرع إنسان دين إنسان فإن الدائن لا يجب عليه القبول على ما تقدم.

ثم لو قسمنا الأمر على قاعده العدل أو أقرعنا على القول بها، فقامت البينه على أحدهما فهل يبطل ما تقدم ويحكّم البينه، الظاهر العدم، لأن بعد حكم الحاكم لا مجال للبينه، إلاّ أن يكون من باب الاستئناف أو التمييز على ما ذكرناه فى باب القضاء.

ومما تقدم يعلم ما إذا كان سيدان أحدهما كاتب عبده لكنا لا نعلم أيهما هو، فإن قاعده العدل والقرعه بعد البينه واليمين جاريتان فيه، وإذا كان سيد وعبد كاتبه ولم نعلم أيهما السيد لجنونهما أو ادعاء كل منهما السياده ـ كما فى قصه من قضايا على (عليه السلام) ـ فالمجال للقرعه.

مسأله ١٠ : جواز بيع مال الكتابه

(مسأله ١٠): قال فى الشرائع: يجوز بيع مال الكتابه فإن أدى المكاتب مال الكتابه أعتق، وإن كان مشروطاً فعجز وفسخ المولى صار رقاً لمولاه، ويجوز بيع المشروط بعد عجزه مع الفسخ، ولا يجوز بيع المطلق).

أقول: ما ذكره هو المشهور بين الأصحاب، فإنه يجوز بيع مال الكتابه أو نقله بغير البيع من سائر وجوه النقل، وذلك لأدلتها الشامله للمقام، لأن المقام من صغريات تلك الكبريات، ولا دليل على خلاف ذلك.

والمحكى عن الشيخ فى المبسوط خلافه، حيث منع منه للنهى عن بيع ما لم يقبض الوارد عن النبى (صلى الله عليه وآله)((١))، ولأن النجوم لم تستقر لجواز تعجيز نفسه إما مطلقاً أو فى المشروطه.

وكلا دليليه غير ظاهر الوجه، فإن النهى تعلق بما انتقل بالبيع لا بمطلق مالم يقبض، أما جواز التعجيز فهو أشبه بالاستيناس، وقد تقدم اختيار لزوم المكاتبه، وإذا صح البيع لزم المكاتب دفع المال إلى المشترى، فإن أداه إليه عتق كما لو أداه إلى المولى، ولو لم يدفعه أجمع وكان مشروطاً لعجز وفسخ المولى رجع رقاً لمولاه.

ثم إن المسالك قال: (وهل يبطل البيع، يحتمله لأن الفسخ يوجب رفع أثر الكتابه، ومن ثم رجع ولده رقاً وتبعه كسبه، والعدم لمصادقه الملك حال البيع فلا يضره الفسخ الطارئ)، ومراده أن العبد يكون حينئذ رقاً للسيد ولكنه مديون للمشترى، لكن فيه ما ذكره فى الجواهر من أن مقتضى الفسخ رد العوضين على حالهما السابق، وحينئذ لم يبق فى ذمه العبد شىء بعد أن عاد إلى الرقيه.

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف فى أنه يجوز بيع العبد المكاتب المشروط بعد

١- الوسائل: ج١٢ ص٣٨٢ الباب ١٠ من أحكام العقود ح٦

عجزه مع الفسخ، لصيرورته رقاً حينئذ نصاً وفتوىً على ما تقدم تفصيل الكلام فيه، بل فى الجواهر: بيعه بعد تحقق عجزه فسخ كما فى نظائره.

وذلك لأن تصرف ذى الخيار فيما فيه الخيار فسخ فعلى، ولا فرق فى الفسخ بين أن يكون فعلياً أو قولياً، كما ذكروا فى مسأله الفسخ من كتاب البيع.

أما ما ذكره الشرائع فى أخير كلامه من أنه لا يجوز بيع المطلق من بعد عجزه، فغير ظاهر الوجه، فإنه لو عجز لم يكن وجه لعدم جواز البيع إلّا أصاله اللزوم التى لا مسرح لها فى المقام.

ولذا قال فى المسالك بالنسبه إلى المكاتب المطلق: (إنه قد أطلق المصنف والجماعه عدم صحه بيعه، ويجب تقييده بما إذا لم يبلغ حداً يجوز للمولى فسخ كتابته، فلو عجز عن الأداء بعد حلول المال ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب جاز بيعه كما يجوز فسخها حينئذ).

لكن قوله: (ولم يمكن الوفاء عنه من سهم الرقاب) خارج عن مفروض المسأله، لأن الإمكان وعدم الإمكان لا يوجب سلب الخيار من ذى الخيار، وإنما الأمر يحتاج إلى الفعليه، ولعله لذا قال فى الجواهر بعد نقل مثله عن الشهيد فى الدروس: (لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما قدمناه).

ص:١٧٥

مسأله ۱۱ : لو زوج ابنته من مكاتبه

(مسأله ۱۱): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا زوج السيد ابنته من مكاتبته المشروط أو المطلق المؤدى بعض ما عليه أو غير المؤدى، ثم مات السيد فملكته كلًا أو بعضاً بالإرث منه لعدم خروجه بالكتابه مطلقاً عن أصل الرقيه، انفسخ النكاح بينهما، كما عن الشيخ والأكثر لما عرفته فى محله من عدم اجتماع النكاح والملك).

أقول: وهو كما ذكراه، بل هو المشهور بين الفقهاء قديماً وحديثاً.

ولاـ فرق بين موت السيد وارتداده مما يوجب إرث البنت له، نعم لو لم تكن البنت وارثه كما إذا كانت قاتله أو كافره مثلاً والسيد مسلم حيث لا ترث الكافره من المسلم لم ينفسخ النكاح، بل يبقى النكاح بحاله.

ومما تقدم يعرف وجه النظر فيما عن ابن الجنيد حيث قال: (لو مات السيد وابنته تحت المكاتب الذى شرط عليه الرقيه عند عجزه منع من الوطى، فإن أدى كانا على النكاح، لأنها لم ترث من رقبته شيئاً، وإن عجز بطل النكاح، فإن كان ممن يعتق بما أدى بطل النكاح إذا حصل له أداء بعض الكتابه)، ولذا ضعفه فى الجواهر.

وقال فى المسالك: إن ما اختاره المصنف هو مذهب الشيخ والأكثر وهو الأظهر.

ثم لو انعكس الأمر بأن زوج السيد أمته المكاتبه من وارثه ومات السيد، فإن كان الوارث ورث كل المرأه تبدل النكاح إلى الملك وجاز له وطيها كما فى السابق، أما لو كان وارثاً لبعضها لم يستبعد جواز وطيها إذا حللها له سائر الورثه، لأن الوطى حينئذ مستند إلى الملك والتحليل معاً، فهو كما إذا كان لها مالكان وحللا له الوطى أو أجازا له النكاح، والدليل إنما دل على بطلان الجمع بين النكاح والملك لا على بطلان الجمع بين الملك والتحليل، وإن كانت المسأله بعدُ بحاجه إلى التأمل.

ص:۱۷۶

مسأله ۱۲ : إذا اختلفا فی قدر مال الکتابه

(مسأله ۱۲): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا اختلف السید والمکاتب فی قدر مال الکتابه، فقال السید: ألفان مثلاً، وقال المکاتب: ألف، أو فی قدر المده فقال السید: سنه، وقال المکاتب: سنتان، أو فی النجوم بأن قال السید مثلًا: جعلنا السنه التی هی الأجل المتفق علیه ثلاثه نجوم کل نجم أربعه أشهر بحیث یحل فی کل نجم ثلث المال، وقال المکاتب: بل جعلناها نجمین بحیث یحل فی کل نصف سنه نصف المال، ففی محکی الخلاف القول قول السید مع یمینه) إلی أن قال: (ولو قیل القول قول منکر زیاده المال والمده کان حسناً).

أقول: الأصل مع مدعی الأقل، سواء فی مال الکتابه أو فی المده، وسواء کان المدعی المولی أو المکاتب، إذ قد یکون المدعی المکاتب لأنه یعتقد بذلک واقعاً، أو یقول ذلک حتی یتخلص من ربق المولی أو غیر ذلک، أما إذا کان الاختلاف فی النجوم فالظاهر أنه من التداعی لعدم الجامع حتی یجری الأصل فی عدم الزائد.

ولذا قال فی الشرائع: (لو قیل القول قول منکر زیاده المال والمده کان حسناً) ولم یستثن النجوم.

وعلی أی حال، فمما ذکرناه فی کتاب القضاء یظهر لزوم التحالف فیما إذا کان بین الأمرین التباین، کما إذا قال أحدهما: إن بدل الکتابه الدینار، وقال الآخر: الدرهم، أو قال أحدهما: الفرس، وقال الآخر: الشاه.

أما إذا کان بینهما عموم من وجه فالقدر الجامع لا اختلاف فیه، وإنما الاختلاف فی الطرفین وهو یکون من التحالف أیضاً.

ومما تقدم یعلم وجه النظر فی المحکی عن الجامع حیث قال: إنهما یتحالفان إذا اختلفا فی المال أو المده، إذ لا وجه للتحالف بعد الجامع کما عرفت، وحیث

إن المشروط خلاف الأصل فإذا اختلفا فى أنه من نوع المشروط أو المطلق فالأصل مع القائل بالإطلاق، إلاّ أن يثبت القائل بالشرط، كما هو الحال فى كل شرط اختلفا فيه فى البيع وغيره حيث إن مدعيه هو الذى يحتاج إلى الإثبات.

ص:١٧٨

مسأله ۱۳ : لو بان العوض مستحقا

(مسأله ۱۳): قال فی الشرائع: (إذا دفع مال الکتابه وحکم بحریته فبان العوض معیباً، فإن رضی المولی فلا کلام، وإن رده بطل العتق المحکوم به لأنه مشروط بالعوض).

أقول: لو کان العین مستحقه للغیر ورضی المالک أو انتقلت إلی العبد صحت المکاتبه.

وإن لم یرض المالک ولم تنتقل فإن کان من باب مصداق الکلی بطل الفرد وصحت المکاتبه فیما إذا لم یتأخر النجم وعوّضها العبد بمصداق آخر.

وإن ظهرت العین غیر العین المقرره وکانت شخصیه بطلت، کما إذا جعلت الحنطه مال الکتابه فظهرت شعیراً، بناءً علی صحه العین الخارجیه کما ذکرناه سابقاً، أو کان تخلفاً فی النجم حیث إن فی النجم إذا لم یصل المال کان للمولی الإبطال، أما إذا کانت کلیه لم تبطل کما عرفت.

وإن کانت شخصیه معیبه ورضی المولی أو أخذ الأرش صح، وإلاّ فله حق الفسخ فتبطل الکتابه.

وکذلک حال ما إذا ظهرت ساقطه من القیمه کالورق النقدی بعد سقوطه عن الاعتبار.

ومما تقدم یعلم وجه النظر فی إشکال الکرکی فی حاشیته علی الحکم بالبطلان وتوجیهه کلام الشرائع، حیث قال: (العتق إتلاف واستهلاک، فإذا حکم بوقوعه لم یبطل مع أنه مبنی علی التغلیب)، قال: (وقول المصنف لأنه مشروط بالعوض یقتضی عدم حصوله ولیس کذلک).

وعن الإیضاح إنه قال: (منشأ الإشکال أن یقال العتق إتلاف واستهلاک، فإذا حکم بوقوعه لم یبطل کالخلع، وأن یقال العتق إنما یستقر باستقرار الأداء وقد ارتفع الأداء فیرتفع العتق)، قال: (وهذان الوجهان کتبهما المصنف حاشیه بخطه علی الأصل).

ولذا أشکل علیه الجواهر حیث قال: (لا یخفی علیک ما فی الأول، فإن العتق

ص:۱۷۹

إتلاف واستهلاک إذا وقع مستقلاً، کما لو أعتق العبد الذی فیه الخیار للبائع، علی ما حررناه فی محله، لا ما إذا کان العتق من أصل وقوعه قد وقع متزلزلاً ـ ولیس هو تصرفاً مستقلاً، وقاعده إن الحر لا ـ یعود رقاً إنما هی فی الأول، وکذا دعوی بنائه علی التغلیب، فالتحقیق حینئذ ما ذکره المصنف).

ومثل ذلک یقال بالنسبه إلی ما ذکره من الخلع، فقد ذکرنا فی کتابه أن الخلع أیضاً إذا کانت مقابل عین خارجیه فظهرت مستحقه أو ما أشبه بطل الخلع، ولیس هذا من باب رجوع المرأه بعد الطلاق البائن إلی الزوج، وإنما یظهر أن الخلع لم یقع من الأصل.

ثم قال الشرائع: (ولو تجدد فی العوض عیب لم یمنع من الرد بالعیب الأول مع أرش الحادث، وقال الشیخ: یمنع، وهو بعید).

أقول: مقتضی القاعده هو ما ذکره الشرائع لاستصحاب الرد، ولما ذکره فی الجواهر بأنها لیست معاوضه حقیقیه فلیس لها حکم المعاوضات اللازمه.

وقوله بعد ذلک: (إن الانصاف قرب ما ذکره الشیخ، بل عن الفاضل فی التحریر اختیاره، وفی حاشیه الکرکی هو قوی، وذلک لأن الأصل إثبات الرد فیها للإلحاق بالمعاوضات، وإلا فلا دلیل بالخصوص، والضرر یرتفع بالأرش، وحینئذ فمقتضاه ثبوته فیها علی حسبها. بل قد یقال: إن الرد لا یتحقق مع العیب، ضروره کون المراد رده بحاله الذی قد وصل إلیه والفرض عدمه، ولعل هذا هو الأصل فی منع العیب الرد مؤیداً بقاعده «لاضرر ولا ضرار» وهو مشترک بین الجمیع) انتهی، غیر ظاهر الوجه.

إذ کیف یکلف الإنسان بقبول المعیب الذی لم یرض به، فإنه خلاف مقتضی

العقود تتبع القصود، أما الرد فليس عقداً منتهى الأمر جبر عيبه الحادث بالأرش وفيه جمع بين الحقين، ولا ضرر لا يمكن أن يسند أياً من الطرفين بعد تعارضهما.

لكن ربما يقال: بأن لا ضرر الأول مقدم على لا ضرر الثانى، لأنه لا يدع مجالاً له بعد تحققه، والمفروض أنه متحقق.

ص:١٨١

مسأله ۱۴ : إذا كان على المكاتب دين

(مسأله ۱۴): قال في الشرائع: (إذا اجتمع للمكاتب ديون مع مال الكتابه، فإن كان ما في يده يقوم بالجميع فلا بحث)، وهو كما ذكره، سواء كان المكاتب مشروطاً أو مطلقاً، وسواء كانت الديون من جهه المعامله أو من جهه الأرش أو من جهه المهر أو سائر الجهات، لوحده الملاك في الجميع.

وهكذا لا بحث إذا عفا المولى أو غيره عن البعض مما يفى ما في يده بسائرها.

أما إذا أراد المتبرع التبرع، فهل لكل من المولى والدائن والعبد عدم قبوله، إذ قد ألمع سابقاً أن عدم القبول مقتضى (تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم)، حيث إن الإنسان لا يدخل في ملكه شيء بدون إرادته إلّا ما استثنى كالإرث، كما لا يخرج بدون إرادته شيء إلّا فيما استثنى كالتقاص، أو لا لأن المولى يريد دينه والمتبرع يعطيه ولا شيء للمولى بعد ذلك، والعبد لا شيء عليه بعد قبل المولى حتى يقبل أو لا يقبل، الظاهر أن المشهور يقولون بالثاني، وإن قد تأملنا فيه في بعض مباحث الفقه.

ثم قال الشرائع: (وإن عجز وكان مطلقاً تحاص فيه الديان والمولى).

أقول: إنما تتحاص الديان والمولى فيما إذا حجر عليه، أما إذا لم يحجر فلا تحاص، والتحاص على تقديره يكون على قدر ديونهم من دون تقديم أحدهم على الآخر، لتساوى الديون أجمع في تعلقها بما في يد العبد، فلا وجه للترجيح، نعم قد ذكرنا في كتاب الحجر تقديم من له عين عند المديون على غيره إن شاء.

أما ما ربما يحتمل مما جعله في المسالك هو الأجود، من أنه يقدم دين المعامله لأنه يتعلق بما في يده خاصه، بخلاف أرش الجنايه الذى له متعلق آخر وهو الرقبه، وحق السيد الذى بالعجز يعود فيه المكاتب إلى الرقيه، ثم يقدم أرش الجنايه على مال الكتابه لأن الأرش مستقر بخلافه، فإنه عرضه للسقوط بالعجز، ولأن حق

المجنى عليه يقدم على حق المالك فى القنّ، ففى عوضه بطريق أولى.

فغير ظاهر الوجه، لأن أمثال هذه الأدله اعتبارات لا ترجع إلى دليل شرعى بعد كون الجميع ديوناً فى ذمته كما فى الجواهر.

كما أن تقدم سبب بعض على بعض لا يوجب تقدمه عند الحجر بعد إطلاق الأدله.

وإذا أراد صاحب الزكاه إعطاءه الدين، صح إعطاؤه من سهم الغارمين، ومن سهم السبيل، إلاّ إذا لم يتمكن من إعطائه سهم الغارم مثلاً لأنه صرفه فى العصيان حيث يعطيه من سهم السبيل أو سهم الرقاب، فإن (فى سبيل الله) أيضاً يشمل فك المكاتب فيعطى الزكاه لكتابته وما عنده لدينه.

ثم قال الشرائع: (وإن كان مشروطاً قدم الدين، لأن فى تقديمه حفظاً للحقين)، وفيه: إنه أشبه بالاعتبار، لأن المفروض هو مديون فى الأمرين.

ولذا قال فى الجواهر: (إن فيه ما لا يخفى، فإنه مبنى على اعتبار لا يصلح معارضاً لإطلاق الأدله).

ثم قال الشرائع: (ولو مات وكان مشروطاً بطلت الكتابه، ودفع ما فى يده فى الديون خاصه).

أقول: وذلك لما تقدم من أن المكاتب تبطل مكاتبته بالموت، فإذا بطلت المكاتبه بقى ما فى يده تركه يجب أن تصرف فى الدين.

ثم قال: (ولو قصر قسم ما بين الديان ولا يضمنه المولى لأن الدين تعلق بذلك المال فقط).

أقول: أما تقسيمه بالحصص فلما عرفت، وأما عدم ضمان المولى ففى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، ويدل عليه الأصل.

أما بعض الروايات الداله على ضمان المولى، مثل ما رواه أبو بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «المكاتب لا يجوز

له عتق ولا هبه حتى يؤدى جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن هو عجز فهو رد فى الرق، ولكن يبيع ويشترى، وإن وقع عليه دين فى تجاره كان على مولاه أن يقضى عنه دينه لأنه عبده»((1)).

وعن شريح، قال: أمير المؤمنين (عليه السلام) فى عبد بيع وعليه دين، قال: «دينه على من أذن له بالتجاره وأكل ثمنه»((2))، فيجب أن يحمل على الندب أو نحوه.

ولذا قال فى الجواهر: (وما فى بعض النصوص السابقه من ضمان المولى عنه لأنه عبده مطرح أو محمول على ضرب من الندب أو على غير محل الفرض)، وذلك لأصاله عدم تحمل الإنسان دين عبده مما لا يقف أمامه ما تقدم لإعراض المشهور عنه، نعم يصح إعطاء دينه من السبيل أو سهم الغارم أو ما أشبه.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۹۰ الباب ۶ من المكاتبه ح۲ و ۳

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۵۷ الباب ۵۵ من العتق ح۲

مسأله ۱۵ : مكاتبه بعض العبد

(مسأله ۱۵): قال فى الشرائع: (يجوز أن يكاتب بعض عبده إذا كان الباقى حراً أو رقاً له، ومنعه الشيخ).

أقول: ادعى الجواهر عدم الخلاف والإشكال فى ذلك، وعن الإيضاح اتفاق الفرق عليه، ويدل عليه إطلاق الأدله وعمومها بعد عدم الدليل على المنع.

أما منع الشيخ فى المبسوط فقد استدل له فى المسالك بأن الكتابه يلزمها رفع الحجر عن المكاتب فى جهات الاكتساب وما يتوقف عليه كالسفر، وينفرد بما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاه، وهو غير ممكن هنا لتوقف السفر والتكسب على إذن السيد، ويشاركه فيما يدفع إليه من سهم المكاتبين من الزكاه لأنه كسبه، قال: وأجيب بأن المنع من السفر والاكتساب يرتفع بالمهاياه كارتفاعه من الشريكين، ويمنع مشاركته فى سهم المكاتبين من الزكاه لأنه إنما يدفع لجهه الكتابه، ولأنه لا يملك النصيب بل يدفعه فى كتابته.

وفى الجواهر بعد ذكره الإشكال والجواب كالمتقدم قال: (والأولى الجواب عن الأول باقتضاء كتابته إياه الإذن فى ذلك)((۱))، لكن يمكن أن يقال إنه يلزم الجمع بين الحقين بالنسبه إلى الوجه الأول، أما الوجه الثانى فواضح الضعف لأن الشىء المعطى للعبد لفكه لا يرتبط بالمولى، وعلى أى حال فلا وجه للمنع المذكور.

ومنه يعلم الوجه فى صحه الشق الثانى الذى ذكره الشرائع وهو قوله: (ولو كان الباقى رقاً لغيره فأذن صح، وإن لم يأذن بطلت الكتابه لأنها تتضمن ضرر الشريك، ولأن الكتابه ثمرتها الاكتساب ومع الشركه لا يتمكن من التصرف) انتهى.

إذ ضرر الشريك غير ظاهر بعد أن الشريكين يلزم عليهما مراعاه حق الآخر فيما لا ينافى تسلط الناس على أموالهم.

ص:۱۸۵

۱- جواهر الكلام: ج۳۴ ص۳۳۷

وكيف لاـ يتمكن العبـد بسـبب الشـركه من الاكتساب، والحال أن حق كل واحـد منهما لا يمنع حق الآخر سواء بالمهاياه أو بغير المهايـاه، ومـن هنـا جزم الفاضـل وغيره بالصـحه مطلقـاً وإن كره الشـريك، وفى الجـواهر لعله الأـقوى، وذلـك لإطلاـق الأـدله وعمومها، فلا يقف أمامها بعض الوجوه الاسـتحسانيه، هـذا بالإضافه إلى أنه لا يلزم اكتساب العبد لإمكان التبرع من متبرع لأجله أو نحو ذلك.

وقد تقدم بعض الروايات الداله عليه، مثل ما عن سماعه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن العبد يكاتبه مولاه وهو يعلم أن ليس له قليـل ولاـ كثير، قـال: «يكـاتبه وإن كـان يسـأل النـاس، ولاـ يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال، فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض، والمؤمن معان، ويقال المحسن معان»((١)).

إلى غير ذلك.

ص:١٨٦

١- الوسائل: ج١۶ ص٨۴ الباب ٢ من المكاتبه ح١

مسأله ۱۶ : بیع العبد نسیئه

(مسأله ۱۶): قال فی الشرائع: (المراد من الکتابه تحصیل العتق وإنما یتم بإطلاق التصرف فی وجوه الاکتساب، فیصح أن یبیع من مولاه ومن غیره وأن یشتری منه ومن غیره، ویتوخی ما فیه الغبطه فی معاوضاته فیبیع بالحال لا بالمؤجل، إلّا أن یسمح المشتری بزیاده عن الثمن فیعجل مقدار الثمن ویؤخر الزیاده، أما هو فإذا ابتاع بالدین جاز، وکذا إن استسلف ولیس له أن یرهنه لأنه لا حظ له وربما تلف منه وکذا لیس له أن یدفع قراضاً).

أقول: الأمثله غیر مهمه وإنما المکاتب کالحر فی کل تصرفاته باستثناء ما استثنی، فیبیع ویشتری ویؤجر ویستأجر ویأخذ بالشفعه ویقبل الهدیه والصدقه ویعطیهما، ویصطاد ویحتطب ویحتشش ویؤدب عبیده ویفصدهم ویحقنهم ویتبرع وغیر ذلک مما هو فی طریق الاکتساب، فإنه کثیراً ما یکون الاکتساب المربح أو أصل الاکتساب بإعطاء الهدیه أو الصدقه أو التبرع أو ما أشبه ذلک، وإنما المحظور هو ما لیس فی طریق الاکتساب، والأمثله التی ذکرها الفقهاء إنما هی من باب الصغریات لا أن لها خصوصیه.

ومنه یعلم الحال فی البیع بالمؤجل أو ما أشبه ذلک، فقولهم بعدم الجواز، إنما هو إذا لم یکن من طرق الاکتساب العقلائیه المربحه، وإلا فلا مانع منها.

وقول المسالک: (ولما کان الواجب علیه تحری ما فیه الغبطه ومظنه الاکتساب فعلیه أن یبیع بالحال لا بالمؤجل، لأن إخراج المال عن الید بلا عوض فی الحال تبرع أو مشتمل علی تبرع، سواء باع بمثل قیمته أم أکثر، وسواء استوثق بالرهن أو الکفیل أو لا، لأن الکفیل قد یفلس والرهن قد یتلف. نعم یجوز أن یبیع ما یساوی مائه بمائه نقداً وبمائه نسیئه، ویجوز أن یشتری نسیئه بثمن النقد ولا یرهن به، فإنه قد یتلف، وإن اشتراه بثمن النسیئه ففی جوازه

وجهان)، إلى آخر كلامه، يجب أن يحمل على ما ذكرناه لا على الخصوصيه.

ومنه يعلم الحال فى صحيح معاويه بن وهب، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: فى رجل مملوك كاتب على نفسه وماله وله أمه وقد شرط عليه أن لا يتزوج وأعتق الأمه وتزوجها، قال: «لا يصلح له أن يحدث فى ماله إلّا الأكله من الطعام، ونكاحه فاسد مردود»((١)).

ومثله ما فى روايه أبى بصير، عنه (عليه الصلاه والسلام) من قوله: «يبيع ويشترى، وإن وقع عليه دين فى تجاره كان على مولاه أن يقضى دينه لأنه عبده»((٢))، فإن المراد منه فى قبال التزويج لا مطلقاً، لوضوح أنه ليس المراد عدم حقه إلّا الأكله من الطعام، إذ أين اللباس والمسكن والمركب وما أشبه ذلك.

ولذا قال فى الجواهر: (إن المستفاد من قوله: «يبيع ويشترى» الإذن له فى التكسب الجارى مجرى تكسب العقلاء فى النقد والنسيئه والقراض والإجاره بالنقد وبغيره والسلم وغيرها، من غير فرق بين ما كان فيه خطر أو لا، وبين أخذ الرهن والكفيل أو لا، إذ المدار على التكسب المزبور مكاناً وزماناً وأحوالاً، بل الظاهر جواز التصرف له بماله بما لا مفسده فيه للمال، ولا حاجه إلى ملاحظه الغبطه فله بيع الشىء بثمن مثله وغير ذلك).

ثم إنه إذا تصرف تصرفاً غير عقلائى فالظاهر أنه ليس بباطل، وإنما يتوقف على إجازه السيد، فإن أجاز السيد صح، وإلّا لم يصح، لأنه ليس بأكثر من العبد القن، فالفضولى تجرى فى معاملاته كما تجرى فى معاملات غيره من سائر العبيد

١- الوسائل: ج١٦ ص٨٩ الباب ٦ من المكاتبه ح١

٢- الوسائل: ج١٦ ص٨٩ الباب ٦ من المكاتبه ح٣

لإطلاق أدلتها.

ولو تصرف تصرفاً غير صحيح إلّا بإجازه السيد أو بإذنه ثم تحرر كان الكلام فيه من الفضولى الذى يملك الشىء بعد تصرفه الفضولى فيه.

قال فى الجواهر: (ولو تصرف تبرعاً ولم يرده السيد ولو لعدم علم به فتحرر بالأداء صح تصرفه فى قول قوى، لما ذكرناه فى نظيره من بيع المالك المال المرهون ثم فكه، ولما سمعته فى صحيح معاويه بن وهب المتقدم من صحه نكاحه، وقيل بالعدم لاستلزامه تعليق البيع أو نفوذه مع تعلق حق الغير به من دون إذن منه). وكأن للجواهر نوع تردد فى المسأله، لأنه لم يرد القيل مع وضوح ضعفه، فالصناعه تقتضى ما ذكره أولاً.

ص:١٨٩

مسأله ۱۷ : لو كان للمكاتب على مولاه مال وحل نجم

(مسأله ۱۷): قال فی الشرائع: (إذا كان للمكاتب على مولاه مال وحل نجم، فإن كان المالان متساويين جنساً ووصفاً تهاترا، ولو فضل لأحدهما رجع صاحب الفضل، وإن كانا مختلفين لم يحصل التقاص إلّا برضاهما).

أقول: وذلک لأدله التهاتر بالنسبه إلى المالين المتساويين جنساً ووصفاً، من غير فرق بين كون المكاتب مشروطاً أو مطلقاً، فإن المكاتب وسيده فی المقام كالأجنبيين فيشملهما إطلاق تلک الأدله، فإذا ثبت للمكاتب دين على مولاه عن معامله _ لما ذكرناه سابقاً من أن العبد يملک _ وكان للمولى عليه نجم أو دين لمعامله، جعل ذلک المال فی قبال نجمه لأدله التهاتر، فالمقاصه قهريه، من غير فرق بين كونهما نقدين أو عرضين مثليين.

أما لو اختلف الجنس أو الوصف ولو بالحلول والتأجيل، أو اختلاف الأجل، أو كانا قيميين، اعتبر التراضی، لأن كون جنس بدل جنس لا يحصل إلّا برضی الطرفين، فإنه مقتضى تسلط الناس على أموالهم، وعدم الحليه بدون طيبه النفس، نعم فی غير المثليين إذا أراد أحدهما عدم إعطاء حق الآخر كان له التقاص إما بإجازه الحاكم الشرعی على القول باحتياج التقاص إلى الإجازه، أو بغير إجازته على ما ذكرناه فی كتاب النكاح فی مسأله النفقه، حيث ذكرنا قصه رسول الله (صلى الله عليه وآله) فی استفتاء هند له.

ولذا الذی ذكرناه قال فی الشرائع بعد ذلک: (وهكذا حكم كل غريمين، وإذا تراضيا كفى ولو لم يقبض الذی له ثم يعيده عوضاً، سواء كان المال أثماناً أو أعراضاً)، وإنما لم يحتج إلى القبض لأنه لا دليل على لزوم القبض، فأی حاجه إليه بعد إطلاق الأدله على ما عرفت.

أما ما ذكره الشرائع بقوله: (وفيه قول آخر بالتفصيل) فهو قول الشيخ فی

المحکی عن مبسوطه، حیث إن محصل قوله کما فی المسالک: (إن الـدینین إن کانا نقدین قبض أحدهما ودفعه عن الآخر، وإن کانا عرضین فلابد من قبضهما، وإن کان أحدهما نقداً فقبض العرض ثم دفعه عن النقد جاز دون العکس).

قـال فی المسالـک بعـد ذکره ذلـک: (وکـأن الشـیخ جعـل المقاصه بیعاً فیلحقها أحکامه من بیع الـدین وبیع العرض قبل القبض وغیرهما).

أقول: لکنک قد عرفت فی بعض مسائل التقاص والتهاتر أنه لیس ببیع، فلا وجه لمجیء أحکامه فیهما.

ص:۱۹۱

مسأله ١٨ : إذا اشترى المكاتب أباه

(مسأله ١٨): قال في الشرائع: (إذا اشترى أباه بغير إذن مولاه لم يصح، وإن أذن له صح).

أقول: القائل بذلك يرى أنه يشترط الإذن سابقاً أو لاحقاً، لأن تصرف المكاتب مشروط بالغبطه، فلا يصح أن يشترى من ينعتق عليه من أب وابن وغيرهما من العمودين ونحوهما بغير إذن المولى، لما فيه من تفويت المال بالعتق، لكن الظاهر أنه لا مانع منه إذا لم يضر بكسبه، كما إذا اشتراه نسيئه ويعطى ثمنه بعد انتهاء المكاتبه أو يتبرع متبرع له أو ما أشبه ذلك.

أما من قال بالجواز مطلقاً، فقد علله بأنه اشترى مملوكاً لا ضرر على المولى فى شرائه، ولهذا كان كسبه له، فإن عاد المكاتب فى الرق عاد المملوك المشترى كالأجنبى، لكنه ضعيف، لأنه لا إطلاق فى عدم ضرره على المولى وإنما هو قسمان كما ذكرناه.

ولذا قال فى المسالك فى رد الجواز المطلق: (بأنه ضعيف، لأن صرف المال فى ثمنه مع عدم جواز بيعه والتكسب به غير سائغ له وإن لم يعتق فى الحال).

ثم قال المسالك: (ولو وهب منه أو أوصى له به، فإن لم يقدر على التكسب لصغر أو زمانه وعجز وكان يلزمه نفقته لم يجز له قبوله، لأن نفقته تلزم المكاتب من حيث هو مملوك وإن لم يجب عليه نفقه القريب، وإن كان كسوباً يقوم بكفايه نفسه جاز قبوله، بل ربما استحب لأنه لا ضرر عليه فى القبول) انتهى.

لكن دليله أخص من المدعى، فلا يمكن القول بالإطلاق فى المنع، كما لا يمكن القول بالإطلاق فى الجواز، وإنما المعيار هو ما ذكرناه فى الفرع الأول.

ولذا قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا يصح من دون إذن لو أوصى له به ولم يكن فى قبوله ضرر من حيث الإنفاق عليه بأن يكون مكتسباً

ص:١٩٢

يستغنى بكسبه، وإن كان لو مرض أو عجز أنفق عليه لأنه من صلاح ماله، لا للمواساه الممنوع منها كما فى أقاربه الأحرار)((١))، وعلى أى حال فالمعيار ما ذكرناه.

ومما تقدم يعلم تماميه ما ذكره الشرائع: (وإذا قبله فإن أدى مال الكتابه عتق المكاتب وعتق الآخر مع عتقه، وإن عجز ففسخ المولى استرقهما)، نعم لا وجه لما ذكره بعد ذلك من قوله: (وفى استرقاق الأب تردد)، إذ لا وجه للتردد المذكور، لأن الأب لا يعتق بدون عتق الابن، وكذلك الابن لا يعتق بدون عتق الأب.

ولذا قال فى الجواهر بعد تعليله لتردد الشرائع مما ذكرناه ومن تشبثه بالحريه بجريانه فى ملك ولده: (وهو كما ترى، ضروره أنه لا سبيل إلى إبطال القبول بعد صحته ولا إلى عتق الأب مع استرقاق الولد)((٢)).

وعلى أى حال، فحيث إن المعيار انعتاق المكاتب، لا يتوقف على أداء مال الكتابه كما ذكره الشرائع، وإنما هو من باب المثال، إذ كل أمر سبب انعتاق المكاتب يسبب انعتاق عموديه ومن أشبه، ولو كان ذلك بعتق تبرعى أو عتق للتنكيل أو ما أشبه.

١- جواهر الكلام: ج٣٤ ص٣٤٤

٢- جواهر الكلام: ج٣٤ ص٣٤٤

مسأله ۱۹ : إذا جنی عبد المكاتب

(مسأله ۱۹): قال فی الشرائع: (إذا جنی عبد المكاتب لم یكن له أن یفكه بالأرش إلاّ أن یكون فیه الغبطه له).

أقول: وجه المستثنی منه أنه بـدون الغبطه یكون من التصرف فی المـال فی غیر جهه الاكتسـاب الـتی قـد عرفت منعه، أمـا وجه الاسـتثناء فلوضوح أن الغبطه توجب أن تكون أقرب إلی الاكتسـاب، ولو كان ذلك لقصور الأرش عن قیمته، فیفضل له ما ینتفع به، أو لأن عینه تشتمل علی منفعه تعود علی المكاتب فی مالیته بكسب أو غیره، أو غیر ذلك من جهه حفظ المال أو نحوه.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو كان المملوك الجانی أبا المكاتب الذی دخل فی ملكه بوجه من الوجوه السالفه، قیل: لم یكن افتكـاكه بالأـرش ولو قصر عن قیمته أی الأـب، لأنه یتعجل بإتلاف مال له التصرف فیه، ویسـتبقی ما لا ینتفع به لأنه لا یتصرف فی أبیه، ولكن فی هذا تردد مما سمعت ومن إمكان فرض الغبطه له بزیاده كسبه).

أقول: كونه أباً للجانی من باب المثال، ومقتضـی القاعده هو ما عرفت من التفصیل فی المسأله بین الغبطه وعدمها، فلیس كل من القولین علی إطلاقه.

ومما تقدم یعرف حال ما إذا رضـی بالأرش المتأخر عن عتاقه، فإن ذلك لا یوجب خدشاً فی الصـرف فی كسـبه الذی یجب أن یصرف للمولی.

فصل فی جنایه المکاتب وعلی

اشاره

فصل

فی المسائل المرتبطه بجنایه المکاتب والجنایه علیه.

فبالنسبه إلی المکاتب المشروط، قال فی الشرائع: (إذا جنی المکاتب علی مولاه عمداً، فإن کانت نفساً فالقصاص للوارث، فإن اقتص کان کما لو مات، وإن کانت طرفاً فالقصاص للمولی فإن اقتص فالکتابه بحالها).

أقول: إذا اقتص الوارث بطلت الکتابه فإنه کما لو مات، وإن عفا علی مال أو کانت الجنایه یوجب المال علیه تعلق الواجب علی ما فی یده، لأن المولی مع المکاتب فی المعاملات کالأجنبی مع الأجنبی لإطلاق الأدله الشامله للسید والعبد المکاتب کشمولها للأجنبیین، ولا یقاس المکاتب بالعبد القن، لأن العبد القن إذا جنی علی مولاه لا یثبت للمولی علیه مال لأنه ملکه، بخلاف المکاتب الذی هو کالحر فی قابلیه الملک له وعلیه.

ثم إن الأرش إنما یثبت علی المکاتب إذا لم یزد عن قیمته، وإلا کان له مقدار القیمه لا أکثر.

ولذا قال فی الجواهر: (الأقوی وفاقاً للفاضل وولده والکرکی والشهیدین والأصفهانی وغیرهم ثبوت الأرش له ما لم یزد عن قیمته، وإلاّ کان له مقدار

ص:۱۹۵

القيمه لقوله (صلی الله علیه وآله): «لا یجنی الجانی علی أکثر من نفسه»((۱))، ومساواته للحر إنما هو فی ثبوت مال فی ذمته لا فی مقدار الأرش، فما عن بعض من ثبوته فی ذمته ولو أضعاف قیمته، بل قیل أنه مقتضی إطلاق المصنف الأرش، بل قد یؤیده کلامه فی المسأله الثانیه واضح الضعف).

أقول: وذلک لأنه جمع بین الدلیلین مما تقدم من قوله (صلی الله علیه وآله)، ومما دل علی مساواته للحر فی ثبوت أصل المال، فلا یمکن طرح أحد الدلیلین من جهه الدلیل الآخر.

وعلی أی حال، فإن تمکن العبد من إعطاء الأرش ومال الکتابه معاً، بأن کان ما فی یده وافیاً بالحقین، أو تمکن من تحصیل المال بسبب زکاه أو تبرع أو نحوهما فهو، وإن تمکن من أحدهما فقط کما إذا أعطاه إنسان مالاً مقیداً بصرفه فی الأرش أو فی مال الکتابه صرفه فیه، وکذا إذا رضی المولی بصرفه فی الأرش مثلاً دون الکتابه، وإلّا کان للمولی أن یعجزه ویسقط الأرش حینئذ، لأنه رد فی الرق فلا یملک المولی علیه أرشاً علی ما عرفت.

ومثله ما لو لم یکن فی ید العبد مال أصلاً، فإنه یرد فی الرق ویسقط الأرش، لکن ذلک یتوقف علی إراده المولی تعجیزه، وإلّا فللمولی عتقه مجاناً، أو الصبر علیه حتی یقدر من کسب لاحق أو تحصیل تبرع أو متبرع.

ومما تقدم یعرف وجه النظر فیما ذکره الشرائع حیث قال: (وإن کانت

۱- کذا عن أبی عبد الله (علیه السلام) فی التهذیب: ج۱۰ ص۱۸۲ ح۹، والغوالی: ج۳ ص۵۸۳ ح۲۵، والاستبصار: ج۴ ص۲۶۷ الباب ۱۵۵ ح۴، وفی العوالی: ج۲ ص۱۵۹ ح ۴۴۰ عن الرسول (صلی الله علیه وآله): «لا یجنی الجانی علی أکبر من نفسه »

الجنـايه خطـأَ فهى تتعلق برقبته وله أن يفـدى نفسه بالأرش لأن ذلك يتعلق بمصـلحته، فإن كان ما بيـده بقـدر الحقين فمع الأداء ينعتق، وإن قصـر دفع أرش الجنـايه فإن ظهر عجزه كان لمولاه فسـخ الكتابه، وإن لم يكن له مال أصـلاً وعجز فإن فسـخ المولى سقط الأرش، لأنه لا يثبت للمولى فى ذمه المملوك مال، وسقط مال الكتابه بالفسخ).

وعلى أى حال، ففى الخطأ لا قصاص، كما أن ما هو شـبه العمد ويسـمى بشبه الخطأ أيضاً محكوم بحكم الخطأ، على ما ذكر فى كتـاب القصـاص، وإذا كـان الأمر خطأً أو شـبهه وعتق سواء بإعطاء النجوم أو بتبرع متبرع أو بتنكيل المولى أو بغير ذلك، تكون الديه على العاقله، لأنه أصبح حراً، فيشمله دليله.

ومما تقـدم من حكم عفو المولى أو أخـذه يظهر أنه لو مات المولى وكان له وارث متعدد كان لكل حكمه، كما ذكروا مثله فى قتل العمـد ونحوه، حيث للورثه بعـد موت المورث الاختلاف فى إراده بعضـهم القصاص وبعضـهم الـديه وبعضـهم العفو ولكل حكمه.

وكذا الحال فى الجنايه على طرف أو قوه من قوى المجنى عليه لوحده الدليل فى المقامين.

مسأله ۱ جنایه المکاتب علی أجنبی

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: (إذا جنی علی أجنبی عمداً فإن عفا فالکتابه بحالها، وإن کانت الجنایه نفساً واقتص الوارث کان کما لو مات)، ومراده أنه کما لو مات فی بطلان الکتابه علی نحو ما تقدم فی المسأله السابقه.

ولا۔فرق بین أن تکون الجنایه علی النفس أو علی العضو أو علی القوه، کما أنه لا فرق بین أن یکون العفو علی مال أو لا علیه، أو کان المال من شخص آخر تبرعاً، أو بمقابل یأخذ منه بعد العتق علی ما تقدم.

ثم إن العفو لو کان علی مال، أو کانت الجنایه موجبه للمال جاز له دفع الأرش فیما إذا کان أقل الأمرین منه ومن قیمه العبد، علی ما تقدم أیضاً.

ثم قال الشرائع: (وإن کان خطأً کان له فک نفسه بأرش الجنایه، ولو لم یکن له مال فللأجنبی بیعه بأرش الجنایه).

أقول: کلا الحکمین هو مقتضی القاعده، أما فک نفسه بالأرش فإنه وإن نافی الاکتساب لکنه لمصلحته لأنه فی طریق الاکتساب أیضاً، علی ما ذکرنا مثله فیما سیق فی إهدائه الهدایا أو نحو ذلک لقوه کسبه، فلیس من التبرع المنهی عنه نصاً وفتویً علی ما تقدم. أما لو لم یکن له مال فللأجنبی بیعه حسب موازین تعدی العبد علی ما ذکروه فی کتاب القصاص والدیات.

ثم إن المجنی علیه إنما یبیع کله فی أرش الجنایه مع الاستغراق، وإلّا باع منه قدر الأرش وبقی الباقی مکاتباً، لأن بیع البعض لا یسلب الکتابه کلیه، إلّا إذا کانت الکتابه مشروطه أو مقیده، حیث فی الثانی تبطل الکتابه، وفی الأول للسید الأخذ بشرطه وإبطال الکتابه.

والظاهر أنه لا یحتاج من یرید بیع العبد کلًا أو بعضاً إلی فسخ مقدم، ولذا قال فی الجواهر فی رد من قال إن المجنی علیه إذا أراد البیع لابد له من فسخ الحاکم الکتابه، لأن المکاتب لا یباع ولیس له فسخها لأنه لیس بالعاقد لها، بل

ولا للسيد قبل حصول العجز المسلط له على الخيار فليس حينئذ إلّا الحاكم: (إنه بعد أن دلت الأدله على تقديم حق الجنايه على غيره من كتابه أو رهن أو غيرهما لم يحتج إلى فسخ، بل هو تسلط شرعى على ما يلزمه الفسخ من البيع ونحوه).

ثم ما ذكرناه من البيع إنما هو من باب المثال، وإلا للأجنبى استخلاص ثمنه من العبد سواء كان بالبيع أو بالإجاره أو بالصلح أو بما أشبه ذلك، ولو أمكن كل واحد من الإجاره والبيع فالظاهر لا يلزم بالإجاره حفظاً للكتابه، لأن حقه مقدم على الكتابه، فله استنقاذ حقه كيف شاء، فالاختيار بيد المجنى عليه لا بيد السيد والعبد لأنه ذو الحق الذى أعطاه الشارع الحق حتى بالبيع.

ثم قال الشرائع: (فإن فداه فالكتابه بحالها).

أقول: فرض ذلك فيما إذا كان للمجنى عليه بيعه ففداه السيد بالأرش، ولا خصوصيه للسيد، فإن الغير لو أراد أن يفديه كان للمجنى عليه القبول على ما ذكروا، لكن الظاهر أنه ليس عليه بل له، إذ قد تقدم أن الإنسان لا يدخل فى ماله شىء بدون اختياره، وربما يكون فديه الغير موجباً للمنه، ولا نقول هذا من باب الدليل فإنه أخص من المدعى، بل من باب التقريب، وهو كما إذا أراد زيد إعطاء دين عمرو لبكر فإن للبكر الامتناع إلّا من نفس المديون.

ثم الظاهر أنه لو جنى ثم أدى مال الكتابه عتق وضمن أرش الجنايه أو الأقل كما ذكره غير واحد.

مسأله ۲ لو جنی عبد المکاتب علی أجنبی

(مسأله ۲): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو جنی عبد المکاتب علی أجنبی عمداً فی النفس أو فی الطرف فاقتص منه فلا بحث، وإن عفا علی مال أو کانت الجنایه موجبه له أو کانت خطأً کان للمکاتب فکه بالأرش إن کان دون قیمه العبد أو مساویاً لعدم التبرع منه، وإن کان أکثر لم یکن له ذلک إلاّ بإذن المولی، کما لیس له أن یبتاع بزیاده عن ثمن المثل إلاّ أن یفرض حظ له فی ذلک بکون العبد کسوباً ونحوه).

وهو کما ذکراه فی المستثنی والمستثنی منه، ولیس المراد بالحظ کونه کسوباً فقط، وإنما کل حظ للمکاتب فی ذلک علی ما تقدم فی بعض المسائل السابقه.

ثم إن الجواهر قال: (ولو کانت جنایه العبد علی سیده بما یوجب القصاص اقتص منه من غیر حاجه إلی إذن السید لإطلاق الأدله المقتضی ثبوتها بالحق له علی وجه یقدم علی ما دل علی التصرف له فی ماله، وإن کانت بما یوجب المال لم یثبت له علی ماله مال، نعم لو جنی علی سید سیده فهو کما لو جنی علی أجنبی).

وهو کما ذکره إلاّ فی عدم الاحتیاج إلی إذن السید، فإن الإمام (علیه الصلاه والسلام) استدل علی احتیاج العبد فی طلاق زوجته بأنه شیء، ومن الواضح أن القصاص أیضاً شیء، فالاحتیاج إلی إذن السید هو مقتضی القاعده، ولا إطلاق للأدله بحیث یصادم ما ذکرناه.

مسأله ۳ جنایه المکاتب علی جماعه

(مسأله ۳): قال فی الشرائع: (إذا جنی علی جماعه فإن کان عمداً کان لهم القصاص، وإن کان خطأً کان لهم الأرش متعلقاً برقبته، فإن کان ما فی یده یقوم بالأرش فله افتکاک رقبته، وإن لم یکن له مال تساووا فی قیمته بالحصص).

أقول: لو جنی المکاتب علی أجنبی، فإن کانت الجنایه علی جماعه فربما تکون عمداً وربما تکون خطأً، وربما کان علی القسمین فلکل قسم حکمه کما یأتی.

وقد عرفت فی بعض المسائل السابقه أن شبه العمد من الخطأ فی هذا الباب.

فإن کانت الجنایه عمداً وکانت الجنایه علیهم دفعه، مثلاً قتل اثنین فصاعداً بضربه واحده، أو هدم علیهم جداراً أو أغرقهم جمیعاً فی البحر أو ألقاهم جمیعاً فی النار أو ما أشبه، فلهم فی العمد القصاص جمیعاً، وعلیه الأرش لهم جمیعاً فی الخطأ، فإن کان ما فی یده یفی بالجمیع فله الفک، وإلاـ تساووا فی قیمته بالحصص إذا کانت الجنایه متساویه، وإن کانت مختلفه فلهم بالنسبه، وذلک لعدم الأولویه حتی یزید أحدهم علی الآخر فی الأرش.

ولا یخفی أنه لا فرق بین تعاقب الجنایات أو وقوعها دفعه واحده، سواء فی الأروش أو فی القصاص، إذ لا دلیل علی أن المقدم هو الأول بعد شمول الأدله للجمیع علی نحو واحد، فهو کالدیون المتعاقبه بالنسبه إلی المفلس حیث لا یقدم بعض الدیون علی بعض، والسر هو إطلاق الأدله وعمومها.

ثم إن المسالک قال: (ولو عفی بعضهم قسّم علی الباقین، ولو کان بعضها یوجب القصاص استوفی وسقط حق الباقین، فلو عفی علی مال شارک، ولو أعتقه أو أبرأه من النجوم فعلیه أن یفدیه کما سبق، وإن أدی النجوم وعتق فضمان الجنایه علیه، وفی الذی یلزمهما من الأرش والأقل القولان)([1]).

ص:۲۰۱

۱- مسالک الأفهام: ج ۱۰ ص ۵۰۴

وتبعه الجواهر فى ذلك وهو كما ذكراه.

ثم لو جنى على أحدهما عمداً واشتبه أنه جنى على أيهما، كان لهما أو لورثتهما القصاص بالوكاله ونحوها، لأن الحق لا يعدوهما.

أما بالنسبه إلى الخطأ فالمال يقسم بينهما حسب موازين قاعده العدل.

ص:۲۰۲

مسأله ۴ الجنايه على أب المكاتب

(مسأله ۴): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا كان للمكاتب أب وهو رق له فى جمله عبيده، فقتل عبداً له لم يكن له القصاص فيه، كما لا يقتص منه فى قتل الولد، بل هذا أولى لأنه لا يثبت للولد على الوالد قصاص بلا خلاف ولا إشكال، نعم لو كان ابنه رقاً له وقتل عبيداً من عبيده اقتص منه لإطلاق أدلته).

أقول: وكذلك حال غير الأب من سائر الأقرباء، لأن المستثنى من أدله القصاص هو الأب دون غيره.

ولا يبعد أن يكون الحكم كذلك بالنسبه إلى ولد الزنا وأبيه، لأنه ولد شرعاً وعرفاً وعقلاً، وإنما استثنى الإرث بدليل خاص، كما ذكرناه فى كتاب النكاح.

أما ولد الشبهه فهو ولد بلا إشكال ولا خلاف.

وما ذكرناه لا فرق فيه بين المسلم والكافر، بل فى الكافر الأمر أوسع فيما إذا كان يرى النكاح بغير ما نراه، لأنه ملزم بما يلتزم به، ولأن لكل قوم نكاحاً.

أما إذا كان للمكاتب عبيد فجنى بعضهم على بعض بما يوجب القصاص جاز له الاقتصاص حسماً لماده التوثب، كما ذكره الشرائع.

واستدل له بالإضافه إلى ذلك فى الجواهر بأنه من الاهتمام بالدماء الذى هى أعظم من الأموال.

لكن الظاهر كونه محل تأمل، لأن الاقتصاص تفويت للمال، ولا حق له فى مثل هذا التفويت، ولذا احتمل بعضهم العدم للحجر عليه فى التصرف فى ماله بغير اكتساب، ومنع الجواهر لهذا الاحتمال (لكون المسلّم الحجر عليه بالتبرع بالمال وليس الفرض منه بل هو فى الحقيقه من سياسه المال وحفظه)، غير ظاهر، بعد أن عرفت إطلاق الدليل الذى لا يقاومه الوجوه الاعتباريه والتى منها ما ذكره الشرائع بكونه حسم ماده التوثب، فإنه أشبه إلى الاستئناس منه إلى الدليل.

ص:۲۰۳

مسأله ۵ لو قتل المكاتب

(مسأله ۵): قال فی الشرائع: (إذا قتل المكاتب فهو كما لو مات).

أقول: هذا بالنسبه إلی المكاتب المشروط، أما بالنسبه إلی المكاتب المطلق الذی أدی بعض المال فهو یموت حراً وعبداً كل بحسبه لمقتضی إطلاق الأدله.

ومثل المشروط ما لو كان المكاتب مطلقاً لكنه لم یؤد شیئاً من المال، فإن الكتابه تبطل ویموت رقیقاً، ویكون للسید كسبه وأولاده، كما علیه كفنه، فإن كان القاتل المولی فلیس علیه إلّا الكفاره والتعزیر فیما إذا كان عمداً، وأما إن قتله أجنبی حر فلا قصاص أیضاً وإنما علیه التعزیر والقیمه، علی ما ذكر فی كتاب الدیات والحدود.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو جنی علی طرفه أی المكاتب عمداً، وكان الجانی هو المولی فلا قصاص قطعاً لعدم المكافاه، ولكن علیه الأرش الذی هو من كسبه، وعوض عضوه الذی فاته الاكتساب به، وكذا إن كان الجانی أجنبیاً حراً أو مبعضاً، وذلك لما عرفته من عدم المكافاه).

أقول: قد عرفت التعزیر أیضاً فی العمد.

ولا یخفی أن الجنایه علی الأعضاء الباطنه كالكبد والطحال وما أشبه كالجنایه علی الظاهره.

ومثل الجنایه علی الطرف الجنایه علی قوه من قواه كإذهاب نور بصره أو سماع أذنه أو نحو ذلك، ولعل (الطرف) فی كلام الشرائع شامل لكل ذلك، لأنه قابله بالقتل.

نعم إن كان الجانی علی المكاتب مملوكاً ثبت له القصاص لإطلاق أدلته، ولیس للسید منعه ولا إجباره علی العفو علی مال، كالمریض والمفلس، لعدم كونه تصرفاً فی مال مع إطلاق أدله القصاص.

وكل موضع یثبت فیه الأرش فی العمد والخطأ بقسمیه علی المولی وعلی غیره فهو للمكاتب، لأنه من كسبه وعوض ما فاته من الاكتساب بسبب الجنایه، ویصح له أن یبذله فی أدائه ما علیه من الدین للسید.

أما إذا كان الجانی هو السيد فقد تقدم الكلام فی التهاتر ونحوه فيما لم يكن مال الكتابه النقد بل العروض كالدهن والصوف وما أشبه.

ثم إن جنی علی العبد بما يتمكن من أخذ الأرش أو التقاص فليس للسيد أن يجبره علی أخذ الأرش، وإنما الحق له فی أن يفعل أيهما شاء، لحكومه دليل الخيار علی دليل (عبداً مملوكاً).

نعم إن أخذ الأرش فللسيد إجباره علی إعطائه له من باب المكاتبه.

وكذلك حال سائر الأموال المحتمله، كما إذا وهب له إنسان شيئاً فليس علی المكاتب القبول، كما ليس للسيد إجباره علی ذلك، أما إذا قبله فللسيد إجباره علی دفعه له، وكذلك إذا كان له بيع خياری مثلاً فيما إذا أخذ بالخيار أو ترك الخيار كان أنفع للسيد، فإنه ليس للسيد جبره، لإطلاق الأدله فی أخذ ذی الخيار بخياره أو تركه.

ص:٢٠٥

مسأله ۶ جنایه عبد المولی علی مکاتبه

(مسأله ۶): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا جنی عبد المولی علی مکاتبه عمداً فأراد الاقتصاص منه، فعن المبسوط للمولی منعه لأنه تصرف غیر اکتسابی فلا تنقطع عنه سلطنه المولی، وفیه: إن إطلاق الأدله ینافیه، خصوصاً بعد ما سمعت من أن له الاقتصاص من غیره وعبیده لو جنی بعضهم علی بعض).

أقول: لعل ما ذکروه لما تقدم من أنه (شیء) والعبد المملوک لا یقدر علی شیء، لکن مقتضی القاعده ما ذکره الجواهر لا المبسوط وتبعه الشرائع.

وکون المکاتب مملوکاً للمولی، سواء مشروطاً أو مطلقاً لم یؤد شیئاً، لا یضر بعد ما عرفت من الإطلاق، أما إذا کان مکاتباً مطلقاً قد أدی بعضه فله القصاص بقدر حریته قطعاً، جمعاً بین الدلیلین علی تقدیر تمامیه قول الشیخ والمحقق.

ومما تقدم یظهر الوجه فیما ذکره الشرائع ممزوجاً مع الجواهر بأنه (إن کانت الجنایه خطأً فأراد الأرش لم یملک منعه، لأنه بمنزله الاکتساب الذی لیس له منعه منه، ولکن لو أراد الإبراء توقف علی رضا السید لأنه تصرف تبرعی، وکذا فی العبد لو عفا علی مال ثم أراد الإبراء منه) انتهی.

وقد عرفت أن شبه العمد أیضاً ملحق بالخطأ فی هذا الباب لأن فی کلیهما الدیه.

ومما تقدم یظهر وجه ما ذکره الشرائع بعد ذلک بقوله: (وأما المطلق فإذا أدی من مکاتبته شیئاً تحرر منه بحسابه، فإن جنی هذا المکاتب وقد تحرر منه شیء جنایه عمداً علی حر اقتص منه، ولو جنی علی مملوک لم یقتص منه، لما فیه من الحریه، ولزمه من أرش الجنایه بقدر ما فیه من الحریه وتعلق برقبته منها بقدر رقیته، ولو جنی علی مکاتب مساو له اقتص منه، وإن کانت حریه الجانی أزید لم یقتص، وإن کانت أقل اقتص منه، ولو کانت الجنایه خطأً تعلق بالعاقله بقدر الحریه وبرقبته

بقدر الرقيه، وللمولى أن يفدى نصيب الرقيه بنصيبها من أرش الجنايه، سواء كانت الجنايه على عبد أو حر، ولو جنى عليه حر فلا قصاص وعليه الأرش، ولو كان رقاً اقتص منه).

أقول: والضابط فى المطلق أنه إذا أدى بعض المال كان بالنسبه إلى ما فيه من الحريه كالحر، وما فيه من العبوديه كالعبد، جمعاً بين الدليلين، فلا يقتل بالمملوك وإنما يقتل بالحر.

أما إذا كان أحدهما أنقص حريه من الآخر فهل يقابلان أم لا، المشهور أن الأنقص حريه لا يتمكن أن يقتل أو يقتص من الأكثر حريه، لأن فى مثله يوجب تعدى العبد على الحر، وذلك ممنوع حسب المستفاد من دليل أن الحر لا يقتل بالعبد.

وعلى أى حال، فيجتمع فى المبعض حكم الجانبين حيث لا يتنافيان، وأما المطلق الذى لم يؤد شيئاً من كتابته فهو كالمشروط على ما عرفت.

ص:٢٠٧

مسأله ۷ عدم صحه الوصيه التمليكيه

(مسأله ۷): قال فی الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا تصح الوصیه التمليکيه برقبه المكاتب وإن كان مشروطاً وعجز وردّ فی الرق بعد الوصيه التی قد عرفت فسادها، كما لا يصح بيعه ولا نقله بسائر النواقل ولو ممن ينعتق عليه، وإن استشكل فيه الفاضل فی القواعد باعتبار كونه كتعجيل عتقه، ولكن فيه أنه موقوف على الانتقال المتوقف على جواز النقل بخلاف تعجيل العتق بالإعتاق، نعم لو أضاف الوصيه به إلى عوده فی الرق جاز، ويكون من الوصيه العهديه أو التمليكيه بناءً على مشروعيه التعليق فيها بغير الموت، كما لوقال: إن عجز وفسخت كتابته فقد أوصيت لک به).

لكن الظاهر صحه الوصيه إذا مات المولى وهو لم يؤد شيئاً فی المطلق، أو لم يتحرر فی المشروط، إذ هو عبده فی الحالين والأمر دائر مدار الواقع لا ـ الظن والقطع ونحوهما، أما فی المطلق الذی تحرر كلًا أو بعضاً فلا تصح الوصيه بالنسبه إلى الأول إطلاقاً، وبالنسبه إلى الثانی فيما تحرر منه دون ما لم يتحرر، ولم نجد دليلًا لما ذكراه من عدم الصحه فی الصورتين اللتين ذكرناهما.

والفرق بين الوصيه والبيع أن البيع لا يصح معلقاً بخلاف الوصيه، فإن الوصيه معلقه بما بعد الموت، أما إذا أوصى ولم نعلم أنه أعطى شيئاً أم لا، فأصاله عدم الإعطاء محكمه، فالمقام مثل ما إذا آجره وكاله عنه بعد عتقه حيث تصح الإجاره لو عتق من غير فرق بين المطلق والمشروط، وتكون الأجره لنفس العبد.

ثم قال الشرائع: (ويجوز الوصيه بمال الكتابه)، وفی الجواهر: (بلا إشكال ولا خلاف).

وذلک لإطلاق الأدله الشامله للمقام، فإن حصل مال الكتابه رتبت الوصيه

ص:۲۰۸

وان لم يحصل تبين بطلان الوصيه، ولو حصل بعضه دون بعض سواء فى المطلق أو فى المشروط ـ وإن رد فى الرق لأن المال للمولى على قول المشهور ـ صحت الوصيه بالنسبه إلى الحاصل فيما إذا لم تكن مقيده وإلاّ بطلت، كما أنها إذا كانت مشروطه بالكل كان للوارث الأخذ بالشرط والإبطال، كما أن له عدم الأخذ بالشرط وبقاء الوصيه على حالها.

ثم قال الشرائع: (ولو جمع بين الوصيتين لواحد أو لاثنين جاز)، وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال.

أقول: وهو كما إذا قال: مال الكتابه لزيد بعد موتى وإن عجز وفسخت فرقبته له بعد موتى أو لعمرو، و(الاثنين) فى الشرائع من باب المثال والأصح للأكثر.

وما فى التحرير من أنه (لو اختلف الموصى له بالرقبه والموصى له بالمال فى فسخ الكتابه عند العجز، قدم قول صاحب الرقبه، وكذا إن اختلف صاحب الرقبه والوارث)، فذلك لأصاله عدم الفسخ والانفساخ.

ولو علم بأنه أوصى له إما برقبته أو بالمال الذى هو بدله، وقد حصل على المال أو بقيت الرقبه رداً فى الرق، فالظاهر عدم شىء على الوارث، بل هو كما إذا أوصى وشك فى أنها كانت إعطاء زيد دكان المورث أو بدل الدكان فيما إذا باعه المورث، فإنه سواء بقى الدكان أو بدله بالمال لم يكن على الوارث شىء، لعدم العلم الإجمالى للوارث بأنه كلف بتكليف بعد موت المورث، فتأمل.

مسأله ۸ الکتابه الفاسده ثم الوصيه

(مسأله ۸): قال فی الشرائع: (لو كاتبه مكاتبه فاسده ثم أوصى به جاز، ولو أوصى بما فی ذمته لم يصح، ولو قال: فإن قبضت منه شيئاً فقد أوصيت لک به صح).

أقول: قد سبق أن الكتابه الفاسده لا أثر لها عندنا، بينما بعض العامه فرقوا بين الفاسده وغيرها.

وعلى أی حال، فإذا أوصى بما فی ذمته لم يصح، لأنه لم يثبت له شیء فی ذمته، لفرض كون الكتابه فاسده، أما إذا أوصى برقبته صحت الوصيه فإنه مثل الوصيه برقبه عبده القن، كما أنه إن أوصى بما يقبضه منه صح لأن الذی يقبضه منه يملكه بواسطه أنه كسب مملوكه لا من حيث إنه مال الكتابه، نعم لو قيد الأمر بمال الكتابه لم يصح لأنه ليس بمال الكتابه والفرض التقييد به.

قال فی المسالک: (وظاهر إطلاق المصنف والأصحاب، بل صريح بعضهم كالشيخ فی المبسوط([1])، عدم الفرق فی ذلک بين العالم بفساد الكتابه والجاهل به، نظراً إلى أن حقيقه الحال وموافقه الوصيه ملک الموصی، ويحتمل الفرق لأن الجاهل بالفساد إذا أوصى بالرقبه فعنده أن ما يأتی به لغو)([2]).

وفيه: إن مقتضى القاعده عدم الفرق لأنه ينشؤه إنشاءً وهو يطابق الواقع، فهو كما إذا باع الدار وظن أن الدار ليست له بينما كانت الدار له، فإن مثل هذا الزعم لا يوجب بطلان المعامله إذا حصل منه الإنشاء.

ولذا قال فی الجواهر: (لا فرق فی ذلک بين العلم بالفساد والجهل به كما سمعته فی نظائره، وتخيله عدم التأثير للوصيه بالرقبه مع جهله بالفساد فتكون وصيته بالمحال كما عن بعض العامه لا ـ ينافی الترتب الشرعی المنوط بسببه المفروض حصوله بإطلاق الأدله).

ومنه يعلم حال ما إذا كان بعض المكاتبه فاسداً، لأنه كاتب جميعه فی وقت لم يملک كله ثم ملک، حيث لا تصح المكاتبه إلّا فی بعضه.

ص:۲۱۰

۱- المبسوط: ج۶ ص۱۶۱

۲- م سالک الأفهام: ج۱۰ ص۵۱۲

مسأله ۹ لو أوصى أن يوضع عن مكاتبه

(مسأله ۹): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا أوصى أن يوضع عن مكاتبه صح وخرج من الثلث، والمدار فيها على المفهوم من لفظ الوصيه ولو بالقرينه كما في نظائره، فإن قال: ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه أو أكثر ما عليه، فهي وصيه بالنصف وزياده تتحقق بها الأكثريه عرفاً، وحيث كانت أفراداً متعدده فللورثه المشيئه في تعيين الزياده وإن كانت هي وصيه أيضاً مفوضه إليهم لا ابتداء عطيه منهم).

أقول: الخروج عن الثلث إنما هو فيما إذا كان بقدر الثلث أو أقل، أما إذا كان أكثر من الثلث ورضي الورثه فلا إشكال، كما أنهم إذا لم يرضوا لم يكن إشكال أيضاً، أما إذا اختلفت الورثه فتصح الوصيه بقدر النسبه، كما إذا كان أكثر ما بقي عليه سته وكان الثلث بقدر أربعه وكان له ولدان رضي أحدهما دون الآخر.

ثم إن المسالك قال: (وهل يعتبر في الزياده عن النصف أن تكون متموله، أم يكفي التمول بانضمامها إلى النصف، وجهان، أظهرهما الثاني، لأن التمول إنما يعتبر في الوصيه بغيرها مع الانفراد، وأما مع انضمام بعض الأجزاء إلى بعض فالمعتبر المجموع وإلا لزم عدم صحه الجميع لأن أجزاءه تبلغ حداً لايتمول، والوصيه هنا بمجموع النصف والزياده لا بالزياده وحدها).

وفيه: إنه لا ـ دليل على اشتراط التمول في الوصيه، فإن الحق الذي لا يتمول أيضاً تصح الوصيه به، لإطلاق أدلتها من غير تقييد بالتمول.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو قال: ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله، فهو وصيه بجميع ما عليه وزياده، لأن ما يزيد على النصف نصف الوصيه، فيكون محلها زائداً على مجموع المال، ومن هنا بطلت الوصيه في الزائد لعدم المحل لها حينئذ).

أقول: وهو كما ذكره، اللهم إلّا أن يكون ذلك على نحو التقييد لأنه لا يريد وضع شيء إذا لم يكن هناك أكثران، فإنه حيث يبطل فى الزائد يبطل فى المجموع، لأنه فى الحقيقه لم يوص بشيء.

ولا يخفى أنه يراعى فى صوره بطلان الزائد فقط أحد الأمرين السابقين من كون المجموع أقل من الثلث أو بقدره أو رضا الورثه، وفى اختلاف الورثه ما تقدم فى الفرع السابق.

ومما تقدم يعلم حال ما لو قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه ونصفه أو ربعه أو ثلثه أو ما أشبه، فإنه فى الأول يوضع عنه ثلاثه أرباع ما عليه وزياده شيء.

إلى غير ذلك مما هو واضح فى سائر الصور.

ومنه يعلم حال ما إذا قال: ضعوا عنه بمقدار ما وضع عن مثله السيد الفلانى، أما إذا قال: ضعوا عنه ما وضع عن مثله أحد السيدين الفلانيين، وكان الموضوع مختلفاً فإنه يوضع عنه بقدر أحدهما مخيراً، أما إذا قال: السيدان الفلانيان، وأراد نصف المجموع وضع عنه المتوسط بينهما، فإن وضع زيد عن عبده عشره وعمرو عن عبده سته وضع عن هذا العبد الموصى له بثمانيه وهكذا.

ثم قال الشرائع: (ولو قال: ضعوا عنه ما شاء، فإن شاء بعضاً وأبقى شيئاً صح، وإن شاء الجميع قيل لم يصح ويبقى منه شيء بقرينه حال اللفظ)، لكن مقتضى القاعده صحه وضع الجميع لأنه مشيئه، إلّا أن تكون قرينه على الخلاف، ومثله ما لو قال: ضعوا عنه ما شاء فلان، ولو قال: ضعوا عنه كل النجوم فهو واضح، ولو قال: ضعوا عنه نجماً، وكانت الأنجم مختلفه كان الاختيار بيد الوارث، ولو اختلف الوارثان فنصفهما على القاعده المتقدمه، ولو قال: ضعوا عنه نجوماً، ولم يعلم أن المراد الجميع أو البعض من باب صحه إطلاق نجوماً على الجميع أيضاً، مثل (تمره خير من جراده) فإن التنوين لا يكون دليلاً على الوحده دائماً،

فالأصل مع الأقل، وكذلك إذا قال: ضعوا عنه نجماً أو النجم، ولم يعرف هل المراد الجميع أو البعض.

ومثله ما لو قال: خذوا عنه البعض أو ما شاء أو نحو ذلك، سواء جاء بمن، كما إذا قال: ما شاء من مال الكتابه أو لم يأت بها.

ص:٢١٣

مسأله ۱۰ لو قال: ضعوا عنه أوسط نجومه

(مسأله ۱۰): قال في الشرائع: (إذا قال: ضعوا عنه أوسط نجومه، فإن كان فيها أوسط عدداً أو قدراً انصرف إليه، وإن اجتمع الأمران كان الورثه بالخيار في أيهما شاء، وقيل: تستعمل القرعه، وهذا حسن).

أقول: إذا قال: ضعوا عنه أول نجومه، سواء كان الأول الواقعي أو الأول بعد موته، أو قال: آخر نجومه، أو قال: ما بعد الأول، أو قال: ما قبل الآخر فلا إشكال.

أما إذا قال: ضعوا عنه أوسط نجومه، فإن كان فيها أوسط عدداً خاصه، كما إذا كانت ثلاثه نجوم مثلًا كل نجم عشره دنانير في ثلاث سنوات مثلًا، أو قدراً خاصه كما إذا كانت أربعه نجوم مثلًا اثنان منها دينار إلى شهر، والثالث ثلاثه إلى شهر، والرابع أربعه كذلك، فإن الثالث هو الأوسط في المقدار لأنه فوق ما دونه مطلقاً ودون ما فوقه كذلك، كان انصراف الوصيه إلى ذلك العدد أو القدر.

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال.

ومثل ذلك ما لو كان أجلاً ـ خاصه، كما إذا كانت أربعه مثلًا اثنان منها دينار كل واحد إلى شهر، والثالث دينار إلى ثلاثه، والرابع دينار إلى أربعه مثلًا، فإن الثالث هو الوسط في الأجل على حسب ما سمعته في القدر.

ومنه يعرف الحال في ما إذا كان المال معيناً له أول وآخر وأوسط، إذا قلنا بصحه المعين في مال الكتابه على ما تقدم، كما إذا كان له ثلاث قطع من الأرض وكان المقرر في الكتابه إعطاءها بدلاً في أول السنه مثلًا، فقال: ضعوا عنه أول القطع أو آخرها أو أوسطها، ولو شك في أنه أراد أول القطع من هذا الجانب أو ذاك الجانب كان مقتضى قاعده العدل التنصيف، أو يقال بالقرعه إن قلنا بها في مثل المقام.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكيف كان، فإن لم يكن أوسط لا قدراً

ولاعـدداً ولا أجلاً، جمع بين نجمين لتحقق الأوسط فيؤخذ من الـربعه الثانى والثالث، ومن السـته الثالث والرابع، لصدق الحف بمتسـاويين عليهما، وإن كان فى انصـراف الوسط إلى مثل ذلك نظر بل منع، نعم لا يبعـد ذلك بعـد تعـذر الحقيقه، وهل يؤخذ منهمـا واحـد خـاصه بتخير الوارث، أو يؤخـذ الاثنـان لأن مجموعهما هو الأوسط، وجهان، وظاهر الأصـحاب القطع بالثانى، وهو مؤيد لما ذكرناه من عدم فهمهم الواحد من الأوسط).

أقول: لكن ذلك يتوقف على عـدم فهم العرف من الأوسط الواحد، وإلاّ كان كالأول والأخير فى أن المنصـرف منه الواحد دون الأكثر.

وحيث قـد عرفت أن المعيـار المتفاهم عرفاً، فإن كان متفاهم فهو، وإلاّ كان اللازم مراعاه قاعـده العـدل، فلو قال: من الأوائل، أو من الأواخر، أو من الأواسط، أو ما بعـد الأول، أو ما قبل الآخر، أو نحو ذلك اتبع المفهوم، ولو اختلف العرف أخذ بالوسط ،كما ذكروا فى التقويم للمقومين المختلفين، ولو كانت هناك ورثه واختلفوا فى الفهم عمل كل بقدر حصته حسب فهمه.

وممـا تقـدم يعلم حـال ما إذا قال: ضـعوا نجم أوسط العبيـد، وكان هناك أوسط فى السن وأوسط فى التعقل والعمل وأوسط فى الاشتراء أو ما أشبه ذلك، لأن المناط فى المسألتين واحد.

ثم إن الجواهر قـال: (ولو لم يكن للنجوم وسـط أصـلاً، كمـا لو كـانت اثنين خاصه بطلت الوصـيه لفقـد الموصـى به حقيقه، ولا انصـراف إلى مجـاز بخصوصه بعـد تعـذرها كما فى المثال السابق، لكن فى المسالك فى الفرض قال: وفى بطلان الوصـيه لفقد الموصى به أو الحمل على واحد التفاتاً إلى المجاز وبابه المتسع نظر، ولا يخفى عليك ما فيه).

ص:٢١٥

أقول: مقتضى القاعده الرجوع إلى ارتكاز الموصى، فإن كان الارتكاز على أنه يعطى شيئاً وإنما اشتبه فى جعله وسطاً كان اللازم الإعطاء، وإلا بأن كان أراد الخصوصيه كان كما ذكره، فليس الكلام على إطلاق أى من الجانبين.

وقد ذكرنا فى كتابى الوصيه والوقف وغيرهما مراعاه الارتكاز، لأنه الذى صب الوقف أو الوصيه أو الثلث أو ما أشبه عليه، فيشمله أدله تلك الأمور.

ص:٢١٦

مسأله ۱۱ إذا أعتق مكاتبه فى مرضه

(مسأله ۱۱): قال فى الشرائع: (إذا أعتق مكاتبه فى مرضه أو أبرأه من مال الكتابه، فإن برئ فقد لزم العتق والإبراء، وإن مات خرج من ثلثه، وفيه قول آخر: إنه من أصل التركه).

أقول: أما أنه إذا برئ لزم العتق فلا إشكال فيه ولا خلاف، وذلك لأن الإنسان يتمكن من التصرف فى ماله كيف يشاء، وأما بالنسبه إلى موته بسبب ذلك المرض وخروجه من ثلثه فإنه مبنى على القول بأن المريض لا حق له فى التصرف فى ماله إلّا بقدر الثلث، أما على ما اخترناه تبعاً لغير واحد من أن المرء أحق بماله ما دام فيه الروح، كما دل عليه النصوص، فلا إشكال فيه أيضاً.

وإليه أشار بقوله: وفيه قول آخر.

ثم إن خروجه من الثلث على القول به إنما هو فيما إذا لم يجز الوارث، وإلّا صح بالنسبه إلى كلٍ إبراؤه أو عتقه، وتفصيل الكلام فى كتاب الوصيه.

ثم قال الشرائع: (فإن كان الثلث بقدر الأكثر من قيمته ومال الكتابه عتق، وإن كان أحدهما أكثر اعتبر الأقل، فإن خرج الأقل من الثلث عتق وألغى الأكثر، وإن قصر الثلث عن الأقل عتق منه ما يحتمله الثلث وبطلت الوصيه فى الزائد ويسعى فى باقى الكتابه).

أقول: بناءً على القول بالخروج من الثلث فى منجزات المريض وإمكان أن يخرج من الثلث كل واحد من قيمه العبد والنجوم، بمعنى أن الثلث يسع أحدهما مع التساوى أو الأكثر منهما، فإن العبد يعتق حينئذ لأن الوصيه لا تكون أكثر من الثلث وسقطت عنه النجوم، وإن تفاوتتا وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر اعتبر الأقل.

ص:۲۱۷

ويحتمل الجمع بين الأمرين فيعتق بعضه حسب الوصيه ويعطى بعض النجوم حسب المكاتبه بما يتساويان فى مجموعهما مع الثلث، إذ لا أولويه لتقديم أحدهما على الآخر بعد لزوم كليهما.

ثم إنه قد مثله فى المسالك بقوله: (فإن كان له سوى المكاتب مائتان وكانت القيمه مائه وخمسين والنجوم مائه خرجت النجوم من الثلث، فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق، ولو كانت القيمه مائه والنجوم مائه وخمسين فالقيمه خارجه من الثلث فيعتبرها ويحكم بنفوذ العتق، وإنما كان كذلك لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما، فإن كانت النجوم أقل فالكتابه لازمه من جهته، وقد ضعف ملكه فى المكاتب فليس له إلاّ المطالبه بالنجوم التى صارت عوضاً، وإن كانت القيمه أقل فهى التى تخرج عن ملكه، والعبد معرض لإسقاط النجوم بأن يعجز نفسه على قول الشيخ أو يعجز).

أما إذا لم يخرج واحد من القيمه والنجوم من الثلث، لأن كل واحد منهما أكثر من الثلث فإن اللازم ضم الأمرين بعضهما إلى بعض، وينفذ العتق فى ثلثهما من العبد، وقد مثله المسالك تتميماً لمثاله السابق بقوله: (وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث بأن كان يملك سوى المكاتب خمسين فينضم أقلهما إلى الخمسين وينفذ العتق فى ثلثهما من العبد، فإذا كانت القيمه مائه وخمسين والنجوم مائه ضممنا النجوم إلى الخمسين ونفذنا العتق فى ثلثهما وهو نصف العبد وتبقى الكتابه فى نصفه الآخر بنصف النجوم، فإذا أداه إلى الورثه عتق، وإن عجز فلهم رده إلى الرق. وإن كان يملك سوى المكاتب مائه والقيمه والنجوم كما صورناه عتق ثلثاه وتبقى الكتابه فى ثلثه بثلث مال الكتابه، وإن كانت القيمه مائه والنجوم مائه وخمسين

فكذلك يعتق ثلثاه ويبقى الكتابه فى ثلثه بثلث مالها وهو خمسون).

وقد تبعه الجواهر فى المثال، ومنه يعرف حال سائر الأمثله.

ثم إن مفروض المسأله ما إذا كان عبد واحد، أما إذا كان عبدان وما أشبه أحدهما بقدر الثلث أو أقل والآخر أكثر من الثلث، لا يبرر ذلك تنفيذ الوصيه فى الأول فقط، بل اللازم التقسيم بينهما بالنسبه، فليعتق من كل منهما حصته النسبيه من الثلث.

وإذا كان عتقه أو إبراؤه حسب نذر أو عهد أو شرط جعله على نفسه قبل مرضه لم يكن يخرج من الثلث، بل عن الأصل على القول بخروج المنجزات من الثلث، لأنه ليس من منجزات المريض بل يخرج الجميع من الأصل، نعم إذا نذر أو شرط فى حال مرض موته كان من منجزات المريض ويأتى فيه القولان.

ص:٢١٩

مسأله ۱۲ إذا أوصى بعتق المكاتب

(مسأله ۱۲): قال في الشرائع: (إذا أوصى بعتق المكاتب فمات وليس له سواه ولم يحل مال الكتابه يعتق ثلثه معجلاً، ولا ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابه لأنه إن أدى حصل للورثه المال، وإن عجز استرقوا ثلثيه ويبقى ثلثاه مكاتباً يتحرر عند أداء ما عليه).

أقول: إن حل مال الكتابه فلا إشكال، أما إذا لم يحل مال الكتابه لا ينتظر بعتق الثلث حلول الكتابه، خلافاً لبعض العامه حيث اعتبر في عتق الثلث وصول الثلثين إلى الوارث، لأن نفوذ الوصيه مشروط بكون ضعفها في يد الوارث، وحيث لم يرجع إلى الوارث في المقام ثلثا العبد لا عيناً ولا قيمةً لا ينفذ العتق في الثلث.

وقد أشار الشرائع إلى جواب هذا الإشكال بما محصله: إن الورثه قد حصل لهم ضعفه على كلا التقديرين وإنما الموقوف عين العبد، وذلك لأن المكاتب إن أدى مال الكتابه عن الثلثين حصل للورثه المال وهو ضعف ما عتق، وإن عجز استرقوا ثلثيه وهو الضعف أيضاً، فضعف الوصيه حاصل على كلا التقديرين، فلا مانع من عتق ثلثه معجلاً.

لكن المسالك أشكل على جواب الشرائع حيث قال: (فيه نظر، لأن الوارث ممنوع من التصرف فيما حصل له قبل استقرار الأمر بتعين أحد الأمرين والوصيه نافذه بغير مانع فالشبهه غير منحسمه).

أقول: هذا الإشكال تام، ولايرد عليه رد الجواهر حيث قال: (ومنعه من التصرف فيه قبل استقرار أحد الأمرين مع نفوذ الوصيه بغير مانع لا ينافي صدق وصول الضعف إلى الوارث).

إذ فيه: إن الضعف لم يصل إلى الوارث، كيف والمال الممنوع التصرف فيه ليس بقدر الثلثين، وإنما يخرج منه قدر تفاوت القيمه، مثلاً إذا كانت قيمه الدار

تسعين وكان ثلثاها مطلقاً كان له ثلاثون، أما إذا كان ثلثاه الأخران مجمداً لمده سنه مثلًا لم تكن قيمتهما ستين وإنما أقل من الستين.

ولذا قلنا فى بعض المسائل: إنه لا حق للميت إذا كانت له ثلاثه دور مثلًا متساويه القيمه أن يعجل داراً من دوره ثلثاً له ويوصى بأنه ما دامت زوجته حيه لا تباع الدار الثانيه التى يسكن فيها، لأن مثل هذا الميت قد تصرف فى أكثر من الثلث، وعليه فاللازم فى المقام ملاحظه قيمه الثلث المطلق وقيمه الثلثين المجمدين، فإن كانت ضعف الأولى صحت الوصيه فيها، وإلّا توقفت على إجازه الورثه فى التفاوت.

ص:٢٢١

مسأله ۱۳ إذا کاتب المریض عبده

(مسأله ۱۳): قال فی الشرائع: (إذا کاتب المریض عبده أعتبر من الثلث، لأنها معامله علی ماله بماله فجرت المکاتبه مجری الهبه، وفیه قول آخر: إنه من أصل المال بناءً علی القول بأن المنجزات من الأصل).

أقول: لکن الظاهر أن مقتضی القاعده أنه کسائر معاملات المریض إذا لم یکن خساره علی الورثه تصح مطلقاً، وإن کانت خساره تکون إلی قدر الثلث، وقد تقدم أن العبد یملک، وأی فرق بین الملک المحجور المتوقف علی إجازه المولی وبین غیره، فحال المکاتبه حال ما إذا باع داره بخساره، فإن الخساره تخرج من الثلث إلی غیر ذلک، أما إذا قلنا إن المنجزات من الأصل کما هو الظاهر، وقد ذکرناه فی کتاب الوصیه، فلا کلام فی صحتها مطلقاً.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (وعلی کل حال، فعلی الأول فإن خرج المکاتب من الثلث نفذت الکتابه فیه أجمع، وینعتق عند أداء المال، فإن لم یکن سواه وأدی النجوم فی حیاه المولی وکان قد کاتبه علی مثلی قیمته عتق کله أیضاً لأنه یبقی للورثه مثلاه، فإن کاتبه علی مثل قیمته عتق منه ثلثاه لأنه إذا أخذ مائه فالجمله مائتان فینفذ التبرع فی ثلث المائتین وهو ثلثا المائه، ولو کاتبه علی مثل قیمته وقبض منها نصف النجوم نفذ الکتابه فی نصفه، وإن لم یؤد شیئاً فی حیاه المولی ولم یجز الوارث صحت فی ثلثه وبطلت فی الباقی، فإن أدی عتق الثلث).

وحیث قد تقدم فی الفرع الأول فی هذه المسأله وفی المسأله السابقه ما یظهر منه ضعف المبنی، فلا حاجه إلی الکلام فیما ذکره.

ثم حیث إن المکاتب مملوک، سواء کان مطلقاً أو مشروطاً، أدی بعض مال الکتابه أو لم یؤد، یجوز له عتق کله أو بعضه إذا لم یتحرر بعضه فی المطلق، وإلا کان

له تحرير ما عدا المحرر كما هو واضح، والظاهر عتقه بالعوارض أيضاً كالجذام والعمى والإقعاد والتنكيل لإطلاق أدلتها، وتشبثه بالحريه لا يمنع من شمول الإطلاق له.

ومنه يظهر وجه النظر فيما عن الدروس من قوله: (إن ذلك فيه نظر ينشأ من تشبثه بالحريه فلا يدخل تحت لفظ المملوك، ومن بقاء حقيقه الرقيه، ومن ثم لو أسلم فى دار الحرب قبل مولاه عتق).

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (لا يخفى عليك ما فى الوجه الأول).

أقول: لظهور أن تشبثه بالحريه إن لم يكن مؤيداً لم يكن مانعاً، وقد ذكرنا مثل هذه المسأله فى باب التدبير وأنه يصح له التحرير وإن جعله مدبراً.

وحيث إن المطلق يحرر بقدر ما أدى، فإن لم يؤد شيئاً ونكل به أو ما أشبه تحرر وبطلت المكاتبه، وإن أدى شيئاً ثم نكل به كان تحريراً لما فيه من العبوديه، ويكون ما أخذه المولى من العبد له، أما إذا كان مكاتباً مشروطاً ونكل به فالظاهر لزوم إرجاع ما أخذه إلى المحرر، لأنه لم يتحرر قبل التنكيل، وبه تبطل الكتابه فيكون ما أخذه باطلًا يجب إرجاعه إليه.

ص:٢٢٣

كتاب الاستيلاد

اشاره

كتاب الاستيلاد

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على أشرف خلقه، سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنه الدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:۲۲۶

فصل فی الاستیلاد

فصل

فی الاستیلاد

قال فی الشرائع: (فی کیفیه الاستیلاد وهو یتحقق بعلوق أمته منه فی ملکه).

أقول: الاستیلاد عنوان لجمله من الأحکام الشرعیه المخالفه للأصول والقواعد الأولیه، کعدم جواز نقلها، وانعتاقها من نصیب ولدها، وغیر ذلک من أحکامها التی ستأتی فی المباحث الآتیه والروایات فی أن للاستیلاد أحکاماً کثیره، فإن أم الولد إذا کان ولدها حیاً وقت موت أبیه صارت من نصیب ولدها وانعتقت علیه علی الشروط الآتیه.

فعن محمد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): «أیما رجل ترک سریه لها ولد أو فی بطنها ولد أو لا ولد لها فإن کان أعتقها ربها عتقت، وإن لم یعتقها حتی توفی فقد سبق فیها کتاب الله، وکتاب الله أحق، فإن کان لها ولد وترک مالاً جعلت فی نصیب ولدها»((1))، الحدیث.

ورواه الصدوق بأسناده عن عاصم، وزاد بعد قوله (فی نصیب ولدها): «ویمسکها أولیاؤها حتی یکبر الولد، فیکون هو الذی یعتقها إن شاء، ویکونون هم یرثون

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۷ الباب ۶ من الاستیلاد ح۱

ولدها ما دامت أمه فإن أعتقها ولدها عتقت، وإن توفى عنها ولدها ولم يعتقها فإن شاؤوا أرقوا وإن شاؤوا أعتقوا»((١)).

وعن الوليد بن هشام، قال: قدمت من مصر ومعى رقيق فمررت بالعاشر فسألنى فقلت: هم أحرار كلهم، فقدمت المدينه فدخلت على أبى الحسن (عليه السلام) فأخبرته بقولى للعاشر، فقال: «ليس عليك شىء»، فقلت: إن فيهم جاريه قد وقعت عليها وبها حمل، قال: «لا بأس، أليس ولدها بالذى يعتقها إذا هلك سيدها صارت من نصيب ولدها»((٢)).

وعن أبى بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا أعتق رجل جاريه ثم أراد أن يتزوجها مثلاً فلا بأس فلا تعتد من مائه، فإن أرادت أن تتزوج من غيره فلها مثل عده الحره، وأى رجل اشترى جاريه فولدت منه ولداً فمات إن شاء أن يبيعها فى الدين الذى يكون على مولاها من ثمنها باعها، وإن كان لها ولد قومت على ابنها من نصيبه، وإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على ثمنها، وإن مات ابنها قبل أمه بيعت فى ميراثه إن شاء الورثه»((٣)).

وعن على بن جعفر فى كتابه، عن أخيه (عليهما السلام)، قال: سألته عن الرجل يموت وله أم ولد ولها معها ولد أيصلح للرجل أن يتزوجها، قال: «أخبرك ما أوصى به على (عليه السلام) فى أمهات الأولاد»، قال: قلت: نعم، قال: «إن علياً (عليه السلام) أوصى أيما امرأه منهن كان لها ولد فهى من نصيب ولدها»((٤)).

١- الوسائل: ج١٦ ص١٠٧ الباب ۶ من الاستيلاد ح٢

٢- الوسائل: ج١٦ ص١٠٧ الباب ۶ من الاستيلاد ح٣

٣- الوسائل: ج١٦ ص١٠٨ الباب ۶ من الاستيلاد ح۴

۴- بحار الأنوار: ج١٠ ص٢۶٧، الوسائل: ج١۶ ص١٠٨ ح۵

وعن عبد الله بن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يموت وله أم ولد له منها ولد، أيصلح للرجل أن يتزوجها، قال: «أخبرت أن علياً (عليه السلام) أوصى فى أمهات الأولاد اللاتى كان يطوف عليهن من كان منهن لها ولد فهى من نصيب ولدها، ومن لم يكن لها ولد فهى حره، وإنما جعل من كان منهن لها ولد من نصيب ولدها لكى لا تنكح إلّا بإذن أهلها»((١)).

وعن يونس، فى أم ولد ليس لها ولد مات ولدها ومات عنها صاحبها ولم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها، قال: «لا، هى أمه لا يحل لأحد تزويجها إلّا بعتق من الورثه، فإن كان لها ولد وليس على الميت دين فهى للولد، فإذا ملكها الولد فقد عتقت بملكك ولدها لها، فإن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها فتستسعى فى بقيه ثمنها»((٢)).

ولهذه الروايات وغيرها لا خلاف بينهم فى أحكام الاستيلاد فى الجمله، بل انعقد إجماعهم على ذلك قديماً وحديثاً.

قال فى القواعد: (وهو يثبت بوطى أمته وحبلها منه).

أقول: الوطى من باب المثال، فجذب الرحم أيضاً بهذا الحكم كما ذكرناه فى كتاب النكاح.

ثم قال: (وإنما يثبت حكم الاستيلاد بأمور ثلاثه:

الأول: أن تعلق منه بحر، وإنما تعلق بمملوك من مولاها فى موضعين: أن يكون الواطى عبداً قد ملكه مولاه الموطوءه، وقلنا إنه يملك بالتمليك، وأن يكون الواطى مكاتباً اشترى جاريه للتجاره فإن الجاريه مملوكته، ولا يثبت حكم

١- الوسائل: ج١٦ ص١٠٦ الباب ٥ من الاستيلاد ح٥

٢- الوسائل: ج١٦ ص١٠٦ الباب ٥ من الاستيلاد ح٣

الاستيلاد فى الأول، وأما الثانى فإن عجز استرق المولى الجميع، وإن عتق صارت أم ولد وليس للمكاتب بيعها قبل عجزه وعتقه.

الثانى: أن تعلق منه فى ملكه أما بوطى مباح أو محرم كالوطى فى الحيض والنفاس والصوم والإحرام والظهار والإيلاء، ولو علقت فى غير ملكه لم تكن أم ولد، سواء علقت بمملوك كالزنا والعقد مع اشتراط الولد، أو بحر كالمغرور والمشترى إذا ظهر الاستحقاق.

الثالث: أن تضع ما يظهر أنه حمل ولو علقه، أما النطفه فالأقرب عدم الاعتداد بها) انتهى.

لكن ينبغى أن يلحق وطى الشبهه بالوطى الصحيح، كما ذكرنا تفصيل ذلك فى كتاب النكاح.

ثم الظاهر تحقق الولد بما إذا نكح المجوسى بعض محارمه كأم الزوجه مثلاً فاستولد منها ثم أسلما بما حرمت عليه لكنها بقيت أمه له.

وفى القواعد: (لو زوج أمته ثم وطأها فعل حراماً، فإن علقت منه فالولد حر، ويثبت للأم حكم الاستيلاد).

وقال: (لو ملك أمه أو أخته أو بنته من الرضاع انعتقن على الأصح، وقيل: لاـ ينعتقن، فلو وطأ إحداهن فعل حراماً ويثبت لهن حكم الاستيلاد)، وهو مأخوذ من المبسوط على ما حكى عنه وذلك لصدق أم الولد، وإن قال فى الجواهر: (إنه لا يخفى من نظر أو منع مع العلم بالتحريم لنفى الولد عنه شرعاً ولثبوت الحد عليه، ومن هنا مال فى الدروس إلى العدم، بل عنه وعن غيره القطع بالعدم، وربما يشهد له مضافاً إلى ما ذكرنا ما سيأتى من خبر ابن مارد ضروره عدم صدق حدوث الحمل عنده على المزوجه).

أقول: لكن الظاهر عدم سرايه الحكم إلى الرضاع، لأن قوله (صلى الله عليه وآله): «الرضاع

لحمه كلحمه النسب»((١))، منصرف إلى الزواج لا إلى كل شيء، وقد ذكرنا بعض المسائل المربوطه بالرضاع فى كتاب النكاح.

ثم قال الشرائع: (ولو أولد أمه غيره مملوكاً ثم ملكها لم تصر أم ولده، ولو أولدها حراً ثم ملكها قال الشيخ: تصير أم ولده، وفى روايه ابن مارد لا تصير أم ولده).

أقول: إن صحت روايه ابن مارد ولو بسبب الانجبار عمل بمقتضاها، أما إن لم يعمل بروايته بقى الإشكال فى كلا الحكمين للصدق، ولذا ذهب الشيخ فى المبسوط وابن حمزه إلى صيرورتها أم ولده.

فقد روى الشيخ بأسناده عن الحسن بن محبوب، عن محمد بن مارد، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل يتزوج الأمه فتلد منه أولاداً ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ثم يبدو له فى بيعها، قال: «هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق»((٢)).

ولو عمل بهذا الحديث لم يكن فرق بين حريه الولد ورقيته.

ثم قال الشرائع: (ولو وطأ المرهونه فحملت دخلت فى حكم أمهات الأولاد).

أقول: سواء أذن المرتهن أو لم يأذن لأنها ملكه، منتهى الأمر أن يكون بدون إذن المرتهن حراماً، لأن كلًا من الراهن والمرتهن ممنوع عن التصرف، ولذا ادعى الجواهر على الحكمين من الإذن وعدم الإذن عدم الخلاف والإشكال.

والظاهر أن الرهن لا يبطل بالوطى ولو من دون إذن المرتهن، لأن الاستصحاب

١- زبده البيان: ص٥٢٤، والدعائم: ج٢ ص٢٤٠

٢- الوسائل: ج١٦ ص١٠٥ الباب ٤ من الاستيلاد ح١

يقتضى ذلك، ولأن المتيقن من أدله حريه الأم بسبب الولد بعد موت السيد غير هذه الصوره.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا فى جميع ماذكرناه لو وطأ الذمى مثلًا أمته فأولدها أو حملت منه، لعدم الفرق فى أمهات الأولاد بين المسلم وغيره، لإطلاق الأدله).

أقول: مقتضى القاعده اتباع مذهبهم لقاعده (الإلزام)، فإن لم يكن لهم مذهب كان المتبع ما ذكراه، حيث إن الأحكام عامه لم تخصص إلاّ بما إذا كان لهم مذهب خاص، ولا فرق فى ذلك بين الذمى والحربى والمعاهد والمحايد لوحده الملاك فى الجميع.

ثم قالا: (ولكن لو أسلمت بيعت عليه، كما عن السرائر وموضع من المبسوط قطعاً لسبيله، وقيل والقائل الشيخ أيضاً فى المحكى من خلافه وموضع آخر من المبسوط: يحال بينه وبينها وتجعل على يد امرأه ثقه، ولا يمكن من التصرف فيها والتسلط عليها عملاً بعموم النهى عن بيعها، وعن المختلف تستسعى فى قيمتها جمعاً بين الحقين، والأول أشبه).

أقول: الأقرب هو سعيها فى قيمتها، لما تقدم عن المختلف، أما البيع فهو مناف لبعض الأدله، مثل ما رواه عمر بن يزيد، عن أبى إبراهيم (عليه السلام)، قال: قلت له: أسألك، قال: «سل»، قلت: لم باع أمير المؤمنين (عليه السلام) أمهات الأولاد، فقال: «فى فكاك رقابهن»، قلت: وكيف ذلك، قال: «أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدى عنه أخذ من ولدها ثمنها منه فإن بيعت أدى ثمنها»، قلت: فتباع فيما سوى ذلك من الدين، قال: «لا»((1)).

١- الوسائل: ج١٦ ص١٠٤ الباب ٢ من الاستيلاد ح١

كذا فى روايه الصدوق.

وفى روايه الكلينى، عن عمربن يزيد نحوه، إلّا أنه قال: «أخذ ولدها منها وبيعت»((۱)).

وعن دعائم الإسلام: روينا عن أمير المؤمنين وأبى جعفر وأبى عبد الله (عليهم السلام) أنهم قالوا: «إذا مات الرجل وله أم ولد فهى بموته حره لا تباع إلّا فى ثمن رقبتها إن اشتراها بدين ولم يكن له مال غيرها»((۲)).

وأما الوضع على يد امرأه ثقه فلا دليل عليه.

ثم المستفاد من صحيح ابن مسلم تحقق أم الولد بمجرد العلوق بما هو مبدأ إنسان ولو كان نطفه، فقد سأل أبا عبد الله (عليه السلام)، قال: فى جاريه لرجل وكان يأتيها فأسقطت سقطاً منه بعد ثلاثه أشهر، قال: «هى أم ولد»((۳))، فإن المستفاد منه عدم الفرق بين النطفه والعلقه والمضغه وغيرها.

ومن الواضح أن الفائده ليس فى استتباع الحريه بعد السقط، لأنها تزول بموت الولد، فكيف بعدم تمامه، بل فى إبطال التصرفات السابقه على الوضع بالبيع وشبهه، كما أنه تظهر الفائده أيضاً فيما إذا أسقطت أو أسقطوها ونقلوها إلى رحم ثانيه أو إلى أنبوب اختبار فأصبح ولداً، ولولا النص المذكور لم يكن للحمل أثر لانصراف أم الولد عن الحامل.

ولذا قال فى الجواهر: (إن من الصحيح المتقدم يعلم أن المراد بأم الولد من حملت بما هو مبدأ نشو ولد، وإلا فالسقط بعد ثلاثه أشهر ليس بولد قطعاً، فيبطل حينئذ التصرف بها حينه، ولا ريب فى أن المضغه والعلقه كذلك بل والنطفه

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۴ الباب ۲ من الاستيلاد ح۲
۲- المستدرك: ج۳ ص۴۸ الباب ۱ من الاستيلاد ح۱
۳- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۴ الباب ۳ من الاستيلاد ح۱

مع فرض بقائها فى الرحم وانعقادها ولـداً، وربما يشـهد لذلك معلوميه بطلان بيع الأمه إذا واقعها سـيدها وباعها بلا فصل ثم بان أنها من تلك المواقعه قد حملت.

ثم المحكى عن الريـاض أن إطلاق العبـاره وغيرها من عبائر الجماعه كالنصوص، وبه صـرح جمله من الأصـحاب أنه لا يشترط الوطى بـل يكفى مطلق العلوق منه، وهو الـذى تقـدم منـا سابقـاً، فإشـكال الجواهر عليه بقوله: (فيه أن المنسـاق من إطلاق النص والفتوى الأول الذى قد عبر به أيضاً بعض ولا أقل من الشك، وقد عرفت أن الأصل بقاء حكم القن)، غير ظاهر الوجه.

ومن ذلك ظهر أنه لو زرقت بمنى الرجل ولو بالمجفف منه يكون بذلك الحكم.

أما مع الاشـتباه فالظاهر كفايه قول امرأه ثقه بأنه مبدأ نشو آدمى، خلافاً لما عن الدروس، قال: ولابد مع الاشـتباه من شـهاده أربع من النساء ذوات الخبره بأن ذلك مبدأ خلق آدمى ولو مضـغه، وذلك لحجيه قول أهل الخبره، كما دل عليه قوله (عليه السـلام): «والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البينه»((1))، وذلك من الاستبانات العرفيه كما لا يخفى.

نعم مع الاختلاف يحتاج الأمر إلى الشهاده الشرعيه.

ولو حصل العلم الإجمالى بأن الولـد من أيتهما، وكلتاهما تـدعى، مع البينه أو الحلف أو لا شـىء لإحـداهما، أو ليسـتا قابلتين من جهه الجنون ونحوهـا، فمقتضـى العلم الإجمـالى الاجتناب عن بيعهما، إلاّ أنا ذكرنا فى كتاب الخمس وغيره أن الماليات لا يأتى فيها العلم الإجمالى، وحيث لا مسرح لقاعده العدل فى المقام فالمرجع القرعه.

۱- التهذيب: ج۷ ص۲۲۶ ح۹

مسأله ۱ أم الولد مملوکه

(مسأله ۱): قال فی الشرائع: (أم الولد مملوکه).

أقول: هو کما ذکره، فما دام مولاها حیاً له التصرف فیها بکل أنواع التصرف بغیر الناقل، کالوطی والإجاره والرهن وغیرها.

وفی الجواهر دعوی عدم الخلاف والإشکال فی ذلک.

ویدل علیه بالإضافه إلی إطلاقات الأدله والاستصحاب، جمله من الروایات:

کصحیح زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن أم الولد، فقال: «أمه».

کذا رواه الصدوق والشیخ فی التهذیب بأسناده إلی محمد بن یعقوب((۱)).

وفی التهذیب أیضاً عن محمد بن إسماعیل بن بزیع، قال: سألت الرضا (علیه السلام) عن الرجل یأخذ من أم ولده شیئاً وهبه لها من غیر طیب نفسها من خدم أو متاع أیجوز ذلک له، فقال: «نعم إذا کانت أم ولده»((۲)).

وعن علی بن جعفر، عن أخیه موسی بن جعفر، عن أبیه (علیهم السلام)، قال: «قال رسول الله (صلی الله علیه وآله) فی رجل وقع علی مکاتبته فنال من مکاتبته فوطأها، قال: علیه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهی علی مکاتبتها، وإن عجزت فردت فی الرق فهی من أمهات الأولاد»((۳)).

وعن السکونی، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «إن أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال فی مکاتبه یطأها مولاها فتحمل، قال: یرد علیها مهر مثلها وتسعی فی قیمتها، فإن عجزت فهی من أمهات الأولاد»((۴)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۳ الباب ۱ من الاستیلاد ح۱

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۳ الباب ۱ من الاستیلاد ح۲

۳- الوسائل: ج۱۶ ص۹۶ الباب ۱۴ من المکاتبه ح۱

۴- الوسائل: ج۱۶ ص۹۷ الباب ۱۴ من المکاتبه ح۲

بل یـدل علیه ما عن دعائم الإسـلام، عن أبی عبـد الله (علیه السـلام)، إنه قال: «إذا زوج الرجل أم ولـده فولـدت، فولدها بمنزلتها یخدم المولی، ویعتقها إن مات سیدها، وإن کان أبوه حراً فمات اشتری الولد من میراثه منه وورث ما بقی»((1)).

ثم قال الشرائع: (لا تتحرر بموت المولی، بل من نصیب ولدها).

أقول: وذلک لظهور الأدله، بل هو المتفق علیه، وذلک واضـح فیما کان له نصـیب، وإلا کما لو کان غیر وارث لمانع من الموانع کالقتل ونحوه، بقیت علی الملک للأصل ولصراحه النصوص أو ظهورها فی أن عتقها إنما یکون من نصیب ولدها.

ففی صـحیح محمد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السـلام) قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السـلام): «أیما رجل ترک سریه لها ولد أو فی بطنها ولـد أو لا ولـد لها فإن کان أعتقها ربها عتقت، وإن لم یعتقها حتی توفی فقـد سـبق فیها کتاب الله، وکتاب الله أحق، فإن کان لها ولد وترک مالاً جعلت فی نصیب ولدها»((2)).

وعن ابن أبی عمیر، عن بعض أصـحابنا، عن أبی بصـیر، عن أبی عبد الله (علیه السـلام)، فی رجل اشتری جاریه یطؤها فولدت له ولـداً فمات ولـدها، قال: «إن شاؤوا باعوها فی الـدین الـذی یکون علی مولاها من ثمنها، وإن کان لها ولد قومت علی ولدها من نصیبه»((3)).

وفی روایه أبی بصیر، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «إذا أعتق رجل جاریه مما

1- المستدرک: ج3 ص48 الباب 4 من الاستیلاد ح1

2- الوسائل: ج16 ص107 الباب 6 من الاستیلاد ح1

3- الوسائل: ج16 ص105 الباب 5 من الاستیلاد ح2

أراد أن يتزوجها مكانه فلا بأس فلا تعتد من مائه، وإن أرادت أن تتزوج من غيره فلها مثل عده الحره، وأي رجل اشترى جاريه فولدت منه ولداً فمات إن شاء أن يبيعها فى الدين الذى يكون على مولاها من ثمنها باعها، وإن كان لها ولد قومت على ابنها من نصيبه، وإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على ثمنها، وإن مات ابنها قبل أمه بيعت فى ميراثه إن شاء الورثه»((١)).

قال فى الوسائل: الانتظار حتى يكبر الولد مخصوص بما إذا كان هناك دين من ثمنها كما مر، فعتقها موقوف على أدائه، ويستحب لولدها أن يؤديه وتنعتق، وموت ابنها هنا محمول على كونه قبل موت الأب.

وعن على بن جعفر فى كتابه، عن أخيه (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يموت وله أم ولد وله معها ولد أيصلح للرجل أن يتزوجها، قال: «أخبرك ما أوصى به على (عليه السلام) فى أمهات الأولاد»، قلت: نعم، قال: «إن علياً (عليه السلام) أوصى أيما امرأه منهن كان لها ولد فهى من نصيب ولدها»((٢)).

وفى الرضوى (عليه السلام): «وإذا ترك الرجل جاريه أم ولده ولم يكن ولده منها باقياً فإنها مملوكه للورثه، فإن كان ولده منها باقياً فإنها للولد وهم لا يملكونها، وهى حره لأن الإنسان لا يملك أبويه ولا ولده»((٣)).

ومما تقدم ظهر الوجه فى قول الشرائع، الذى ادعى عليه الجواهر عدم الخلاف والإشكال حيث قال: (لكن لا يجوز للمولى بيعها ما دام ولدها حياً إلاّ فى ثمن رقبتها إذا كان دين على المولى، ولا وجه لأدائه إلاّ منها، ولومات ولدها ــ يعنى

١- الوسائل: ج١٦ ص١٠٨ الباب ٦ من الاستيلاد ح٤

٢- البحار: ج١٠ ص٢٦٧

٣- المستدرك: ج٣ ص٤٨ الباب ٣ من الاستيلاد ح٣

فی حیاه أبیه ــ رجعت طلقاً وجاز التصرف فیها بالبیع وفی غیره من التصرفات).

أقول: وذلک لما تقدم من النصوص، والتی منه قوله (علیه السلام): «وإن توفی عنها ولدها ولم یعتقها فإن شاؤوا أرقوا وإن شاؤوا أعتقوا»((1))، إلی غیر ذلک.

ولومات الولد وخلف ولداً فهل الحکم کذلک من جهه التعلیل فی بعض النصوص السابقه من أن السبب هو أن الإنسان لا یملک عمودیه، ولأنه وارث أیضاً فی صوره عدم وجود أقرب منه، أو لا لانسیاق الولد فی النصوص إلی ولد الصلب فلا یشملها إطلاق أم الولد، وتندرج هی فی النصوص السابقه المتضمنه لحکم من مات ولدها، قولان، الجواهر ذهب إلی عدم الإلحاق، وبعضهم ذهب إلی الإلحاق، ولو شک فالظاهر عدم الإلحاق، لأن المتیقن الخروج هو بقاء الولد، والاستصحاب التعلیقی لا یتمکن أن یقاومه، لکن الأقرب إلی الذهن العرفی عدم الفرق، والله العالم.

ص:238

1- الوسائل: ج16 ص107 الباب 6 من الاستیلاد ح2

مسأله ۲ لو مات مولاها وولدها حی

(مسأله ۲): قال فی الشرائع: (إذا مات مولاها وولدها حی جعلت فی نصیب ولدها وعتقت علیه).

وفی الجواهر: (بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه هنا).

أقول: ولا فرق فی حیاه الولد بین أن یکون عاقلًا أو مجنوناً، مسلماً أو کافراً فیما إذا کان الوالد کافراً أیضاً، وقد تقدم عدم الفرق بین الولد الحلال وولد الشبهه، أما ولد الزنا فقد تقدم الکلام فیه، لکن حیث إن ولد الزنا لا یرث لا یمکن تحریرها من نصیب ولدها إلّا فی الکافر الملتزم بذلک.

ویدل علی الحکم المذکور روایات مستفیضه:

مثل خبر محمد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): «أیما رجل ترک سریه لها ولد أو فی بطنها ولد أو لا ولد لها، فإن أعتقها ربها عتقت، وإن لم یعتقها حتی توفی فقد سبق فیها کتاب الله، وکتاب الله أحق، فإن کان لها ولد وترک مالاً جعلت فی نصیب ولدها»((۱)).

وزاد فی الفقیه: «ویمسکها أولیاؤها حتی یکبر الولد، فیکون هو الذی یعتقها إن شاء الله، ویکونون هم یرثون ولدها ما دامت أمه، فإن أعتقها ولدها عتقت، وإن توفی عنها ولدها ولم یعتقها فإن شاؤوا أرقوا وإن شاؤوا أعتقوا»((۲)).

وفی روایه أبی الحسن (علیه السلام) التی رواها الولید بن هشام، قال: «لا بأس، ألیس ولدها بالذی یعتقها إذا هلک سیدها صارت من نصیب ولدها»((۳)).

وفی روایه أبی بصیر، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «وإن کان لها ولد قومت علی ابنها من نصیبه»((۴)).

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۷ الباب ۶ من الاستیلاد ح۱

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۷ الباب ۶ من الاستیلاد ح۲

۳- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۷ الباب ۶ من الاستیلاد ح۳

۴- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۸ الباب ۶ من الاستیلاد ح۴

وفی روایه علی بن جعفر، عن أخیه (علیهما السلام)، قال: «إن علیاً (علیه السلام) أوصی أیما امرأه منهن کان لها ولد فهی من نصیب ولدها»((۱)).

إلی غیرها من الروایات.

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (نعم لو لم یکن لها سواها ترکه وکان له ورثه متعددون أعتق نصیب ولدها منها لقاعده القریب، وسَعَت فی الباقی فی المشهور).

أقول: وذلک للنصوص المتقدمه الداله علی أن انعتاقها علیه من خصوص النصیب لا من غیره، فإن کان للولد مال غیر الترکه لا یکلف بعتق البقیه من ذلک المال الخارج من الترکه، وإنما نقول بسعیها لما ذکرناه سابقاً فی کتاب العتق من أن کل من تحرر بعضه یسعی فی تحریر البقیه.

هذا مضافاً إلی بعض الروایات الخاصه فی المقام:

فقد روی الکافی والتهذیب، عن یونس، فی أم ولد لیس لها ولد مات ولدها ومات عنها صاحبها ولم یعتقها هل یجوز لأحد تزویجها، قال: «لا، هی أمه ولا یحل لأحد تزویجها إلّا بعتق من الورثه، وإن کان لها ولد ولیس علی المیت دین فهی للولد، وإذا ملکها الولد فقد عتقت بملک ولدها لها، وإن کان بین شرکاء فقد عتقت من نصیب ولدها وتستسعی فی بقیه ثمنها».

والمخالف فی المسأله المبسوط والإسکافی علی ما حکی عنهما، فحکما بالسرایه علیه.

ویمکن أن یستدل لذلک بما عن غوالی اللئالی، قال النبی (صلی الله علیه وآله): «من ملک ذا رحم فهو حر»((۲))، بناءً علی شمول الملک لملک البعض.

وکذلک روی

۱- البحار: ج ۱۰ ص ۲۶۷

۲- العوالی: ج ۳ ص ۴۳۹ ح ۲۳

الاستغاثه عن على (عليه السلام) مثله((۱)).

ومن ذلک یعلم عدم إمکان العمل بروایه أبی بصیر، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل اشتری جاریه فولدت منه ولداً فمات، قال: «إن شاء أن یبیعها باعها، وإن مات مولاها وعلیه دین قومت علی ابنها، فإن کان ابنها صغیراً انتظر به حتی یکبر ثم یجبر علی قیمتها، وإن مات ابنها قبل أمه بیعت فی میراث الورثه إن شاء الورثه»((۲)).

ولذا قال فی الشرائع: (وفی روایه: تقوم علی ولدها إن کان موسراً، وهی مهجوره).

أقول: ولم یحک العمل بها الاعن الشیخ فی النهایه التی هی متون أخبار وقد رجع عنها علی ما قیل فی غیرها، وفی الدروس عن الشیخ حمل الدین فیها علی ثمنها وانه لومات قبل البلوغ قضی منها الدین، ثم حکی عن ابن حمزه الحاق غیره من الدیون به عملا بإطلاق الروایه، کذا فی الجواهر.

ومنه یعلم ما فی بعض الأخبار الأخر التی رواها أبو بصیر أیضاً، مثل ما رواه عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «إذا أعتق رجل جاریه ثم أراد أن یتزوجها مکانه فلا بأس فلا تعتد من مائه، وإن أرادت أن تتزوج من غیره فلها مثل عده الحره، وأیما رجل اشتری جاریه فولدت منه ولداً فمات إن شاء أن یبیعها فی الدین الذی یکون علی مولاها من ثمنها باعها، وإن کان لها ولد قومت علی ابنها من نصیبه، وإن کان ابنها صغیراً انتظر به حتی یکبر ثم یجبر علی ثمنها، وإن مات ابنها قبل أمه بیعت

۱- المستدرک: ج۳ ص۳۹ الباب ۱۲ ح۲

۲- الاستبصار: ج۴ ص۱۴ الباب ۸ ح۵

فی میراثه إن شاء الورثه»((۱)).

وفی روایته الأخری، عنه (علیه السلام) أیضاً، فی رجل اشتری جاریه یطأها فولدت له فمات، قال: «إن شاؤوا أن یبیعوها باعوها فی الدین الذی یکون علی مولاها من ثمنها، وإن کان لها ولد قومت علی ولدها من نصیبه، وإن کان ولدها صغیراً انتظر به حتی یکبر»((۲)).

أقول: والعمده فی المسأله هو الشهره، وإلاّ فروایات غیر المشهور أقرب إلی الصناعه من أدله المشهور، ولعل المشهور رأوا أن الروایات المذکوره خلاف قاعده (تسلط الناس علی أموالهم وأنفسهم)((۳))، فهی مؤیده لروایات المشهور.

قال فی الجواهر: ولعل ما فی هذه النصوص وذیل خبر محمد بن قیس السابق محمول علی استحباب انتظار الولد إذا کان علی المیت دین ولا ترکه سواها حتی یکبر لو کان صغیراً، واستحباب وفاء الدین للولد حتی تعتق حینئذ علیه، وحینئذ لا تکون مما نحن فیه من أنها تقوم علیه مع عدم ترکه سواها.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۸ الباب ۶ من الاستیلاد ح۴

۲- انظر الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۵ الباب ۵ من الاستیلاد ح۲

۳- البحار: ج۲ ص۲۷۲ ح۱۱

(مسأله ٣): قال فی الشرائع: (إذا أوصی لأم ولده قیل: تعتق من نصیب ولدها وتعطی الوصیه، وقیل: تعتق من الوصیه، فإن فضل منها شیء عتقت من نصیب ولدها، وهو أشبه).

أقول: الوصیه لأم الولد صحیحه بلا إشکال ولا خلاف لإطلاق أدله الوصیه، أما کون عتقها من الوصیه أشبه فلما تقدم فی المسأله السابقه من قاعده (تسلط الناس علی أموالهم وأنفسهم)، فجعل العتق من نصیب ولدها خلاف الأصل لا یصار إلیه إلاّ بدلیل، وحیث ملکت هی لم یکن وجه لعتقها من نصیب ولدها.

لکن ربما یقال: إن انعتاقها من نصیب ولدها فی الروایات المتقدمه مطلق، شامل لما کان لها مال أو لا، وقد ذکرنا سابقاً أن المملوک یملک.

وکذلک یؤید ذلک ما تقدم من الأدله علی عتق العمودین علی الإنسان قهراً، فما ذکره غیر واحد من عتقها من نصیب ولدها هو مقتضی القاعده.

وفی قبال القولین السابقین ما عن الإسکافی من القول بالتخییر بینهما، وهناک قول رابع محکی عن الصدوق من أنها تعتق من ثلث المیت غیر ما أوصی به.

ولذا الذی ذکرناه قال فی الجواهر: إن القول الأول هو الأقوی.

ومن هذه المسأله یعلم حال ما إذا أوصی إنسان آخر لأم الولد، حیث تصح الوصیه ویکون العتق من نصیب الولد، أما إذا أوصی الإنسان إلی أم الولد وصیه عهدیه فلا تصح إلاّ بموافقه السید، لما عرفت من أن أم الولد کسائر الممالیک، فتصرفها کتصرف سائر الممالیک لا یجوز إلاّ بإذن السید.

ص:۲۴۳

مسأله ۳ إذا أوصى لأم ولده

(مسأله ۳): قال فی الشرائع: (إذا أوصى لأم ولده قیل: تعتق من نصیب ولدها وتعطى الوصیه، وقیل: تعتق من الوصیه، فإن فضل منها شیء عتقت من نصیب ولدها، وهو أشبه).

أقول: الوصیه لأم الولد صحیحه بلا إشکال ولا خلاف لإطلاق أدله الوصیه، أما کون عتقها من الوصیه أشبه فلما تقدم فی المسأله السابقه من قاعده (تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم)، فجعل العتق من نصیب ولدها خلاف الأصل لا یصار إلیه إلّا بدلیل، وحیث ملکت هی لم یکن وجه لعتقها من نصیب ولدها.

لکن ربما یقال: إن انعتاقها من نصیب ولدها فی الروایات المتقدمه مطلق، شامل لما کان لها مال أو لا، وقد ذکرنا سابقاً أن المملوک یملک.

وکذلک یؤید ذلک ما تقدم من الأدله على عتق العمودین على الإنسان قهراً، فما ذکره غیر واحد من عتقها من نصیب ولدها هو مقتضى القاعده.

وفی قبال القولین السابقین ما عن الإسکافی من القول بالتخییر بینهما، وهناک قول رابع محکی عن الصدوق من أنها تعتق من ثلث المیت غیر ما أوصى به.

ولذا الذی ذکرناه قال فی الجواهر: إن القول الأول هو الأقوى.

ومن هذه المسأله یعلم حال ما إذا أوصى إنسان آخر لأم الولد، حیث تصح الوصیه ویکون العتق من نصیب الولد، أما إذا أوصى الإنسان إلى أم الولد وصیه عهدیه فلا تصح إلّا بموافقه السید، لما عرفت من أن أم الولد کسائر الممالیک، فتصرفها کتصرف سائر الممالیک لا یجوز إلّا بإذن السید.

ص:۲۴۳

مسأله ۴ إذا جنت أم الولد خطأ

(مسأله ۴): قال فی الشرائع: (إذا جنت أم الولد خطأً تعلقت الجنایه برقبتها وللمولی فکها، وبکم یفکها، قیل: بأقل الأمرین من أرش الجنایه وقیمتها، وقیل: بأرش الجنایه وهو الأشبه، وإن شاء دفعها إلی المجنی علیه).

وفی روایه مسمع، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «جنایتها فی حقوق الناس علی سیدها».

أقول: وجه التخییر بین فداها ودفعها أنها مملوکه له، والمولی لا ـ یعقل عبداً کما ذکروا فی باب الدیات، فإطلاق الأدله بین الأمرین یشمل المقام أیضاً، بعد ما عرفت من أن أم الولد کسائر الممالیک.

ثم إن اختار فداها، ففی مقدارها قول للشیخ فی المبسوط: بأنه یفدیها بأقل الأمرین من قیمتها وأرش الجنایه، لأن الأقل إن کان هو الأرش فظاهر، وإن کان القیمه فهی بدل العین فیقوم مقامها، والجانی لا یجنی علی أکثر من نفسه، کما فی النص والفتوی فلا یلزم الزائد.

وعن الخلاف: یفدیها بأرش الجنایه بالغاً ما بلغ إن لم یسلمها لتعلقه برقبتها، والشرائع وإن اختار هذا القول إلّا أن مقتضی القاعده هو القول الأول.

ولذا قال فی المسالک وتبعه الجواهر: إن فی القول الأول قوه، ولیس الحکم مختصاً بأم الولد، بل کل مملوک هو کذلک.

وللشیخ فی محکی المبسوط قول ثالث: بأن أرش الجنایه علی سیدها بسبب أنه منع عن بیعها بسبب الاستیلاد، فأشبه عتق الجانی.

ویؤیده بل یدل علیه: روایه مسمع بن عبد الملک، عن الصادق (علیه السلام)، إنه قال: «أم الولد جنایتها فی حقوق الناس علی سیدها، وما کان من حقوق الله تعالی

کالحدود، فإن ذلک فی بدنها ویقاص منها للممالیک»(1).

وهذه الروایه ضعیفه سنداً وعملاً ـ وإن أیدت ببعض الوجوه الاعتباریه، ویقابلها إطلاق عموم ما دل علی تعلق الجنایه برقبه المملوک، بل فی الجواهر: یمکن حمل خبر مسمع المزبور علی أن للسید الفداء، وعلی أی فالقول الأول هو مقتضی الصناعه.

ثم قال الشرائع: (ولو جنت علی جماعه فالخیار للمولی أیضاً بین فدیتها أو تسلیمها إلی المجنی علیهم أو ورثتهم علی قدر الجنایات).

أقول: وذلک هو مقتضی القاعده، لأنه لا ـ فرق بین الجنایه علی جماعه أو علی فرد، فإطلاق أدله خیار المولی علی ما ذکر فی الفرع السابق شامل للمقام أیضاً.

ثم لو انضمت أم الولد إلی جماعه فی الجنایه علی فرد أو علی جماعه، فقد ذکرنا فی کتابی الحدود والدیات أن القصاص وما أشبه حسب الجنات لا حسب الجنایات، وتفصیل الکلام فی هذه المسأله مربوط بذلک الباب.

۱- الوسائل: ج۱۹ ص۷۶ الباب ۴۳ من القصاص ح۱

مسأله ۵ فی ولیده النصرانیه

(مسأله ۵): قال فی الشرائع: (روی محمد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی ولیده نصرانیه أسلمت عند رجل وولدت منه غلاماً فمات فانعتقت وتزوجت نصرانیاً وتنصرت وولدت، فقال: «ولدها لابنها من سیدها، وتحبس حتی تضع، فإذا ولدت فاقتلها»([(۱)](#))).

أقول: لفظ الروایه: «قضی علی (علیه السلام) فی ولیده کانت نصرانیه فأسلمت عند رجل فولدت لسیدها غلاماً ثم إن سیدها مات فأصابها عتاق السرایه فنکحت رجلاً نصرانیاً داریاً وهو العطار فتنصرت ثم ولدت ولدین وحملت آخر، فقضی فیها أن یعرض علیها الإسلام فأبت، قال: أما ما ولدت من ولد فإنه لابنها من سیدها الأول، واحبسها حتی تضع ما فی بطنها فإذا ولدت فاقتلها»([(۲)](#)).

ثم قال الشرائع: (وفی النهایه یفعل بها ما یفعل بالمرتده، والروایه شاذه).

أقول: وهو کما ذکره، ولعل الإمام (علیه الصلاه والسلام) حکم بذلک من باب القضیه فی واقعه خاصه، والمراد بذلک أن الملابسات توجب ذلک لا ـ أن الحکم الأولی هو ما ذکره (علیه الصلاه والسلام)، ولعله رأی أمیر المؤمنین (علیه السلام) المصلحه فی قتلها ولو من حیث زناها بنصرانی أو غیر ذلک، وقد ذکر فی الوسائل فی باب الحدود فی حد المرتد ما وجه به هذه الروایه فراجعه.

وحیث قد عرفت شذوذ الروایه، وأن مقتضی القاعده هو العمل حسب الموازین فی غیرها، لا ـ فرق بین أن تکون نصرانیه أو یهودیه أو مجوسیه، لوحده الحکم فی الجمیع.

أما لو قیل بالروایه کما عن النهایه، فاللازم الاقتصار علی مورد الروایه، لأنها علی خلاف القاعده ولا قطع بالملاک بعدم الفرق بین النصرانیه والیهودیه والمجوسیه.

۱- الشرائع: ص۶۸۵ المسأله الخامسه، ط الوفاء

۲- الوسائل: ج۱۶ ص۱۰۹ الباب ۸ من الاستیلاد ح۱

مسأله ۶ جریان حکم الاستیلاد إلی الأولاد

(مسأله ۶): ذکر فی الجواهر مسائل تبعاً لغیره، وتبعه بعض آخر، نذکرها تباعاً ونلحق بها بعض ما یرتبط بها قال:

(لا یجری حکم الاستیلاد إلی الأولاد، للأصل وغیره، فلو تزوجت بعبد أو حر شرطت رقیه أولاده کان أولادها منه عبیداً یجوز بیعهم فی حیاه المولی وبعد وفاته).

ومراده بغیره: «الناس مسلطون» ونحوه، ومنه یعلم عدم جریانه فی سائر أقربائها کالأب والأم ونحوهما کما هو واضح.

ثم قال: ولو ماتت أم الولد قبل أن یفدیها السید لم یجب علی المولی شیء، للأصل بعد تعلق الجنایه برقبتها، ولو نقصت قیمتها وأراد الفداء ففی القواعد فداها بقیمتها یوم الفداء، ولو زادت زاد الفداء ویجب قیمتها معیبه بعیب الاستیلاد، وهو کما ذکره القواعد، ولذا سکت علیه، إذ الفداء بدل أم الولد زادت أو نقصت، نعم لو منع المولی تسلیمها فنقصت کان علیه النقص، لأنه هو الذی أضر المجنی علیه، کما أنه لو أراد المولی بیعها لتأدیه قیمتها، وقلنا یصح البیع للمناط فی بیعها فی الدین، فمنع المجنی علیه عن البیع ونقصت لم یکن النقص علی المولی لأنه هو الذی منع عن ذلک فتضرر به.

وقال: لو کسبت بعد جنایتها شیئاً فهو لمولاها دون المجنی علیه، نعم لو کسبت بعد الدفع فهو للمجنی علیه، فلو اختلفا قدم قول المجنی علیه، ولو أتلفها سیدها فعلیه قیمتها، وکذا لو عیبها فعلیه الأرش، لکن أصاله تأخر الحادث لا یجعل المال للمجنی علیه، فهو کما إذا اختلف مالکان للعبد هل کسبه کان عند الأول أو الثانی، فالمحکم قاعده العدل أو القرعه، وإنما کان تلفها وعیبها علی السید لأنه بعد تعلق حق المجنی علیه نقص الحق فعلیه البدل.

وقال: لو باعها مولاها لم یقع موقوفاً بل باطلاً، فلو مات الولد لم ینتقل

إلى المشترى ولو كان بعد البيع بلا فصل، لكن فيه إن مقتضى القاعده أنه مثل ما إذا باع ثم ملك فلماذا لا تجرى الفضوليه فيه.

وقال: لا يبطل الاستيلاد بقتلها مولاها عمداً إذا عفا الورثه، وهو مقتضى القاعده لأصاله بقاء الاستيلاد، إذ لا دليل على بطلانه للقتل، نعم لو ارتدت ولم ترجع بطل حكم الاستيلاد حيث لا ترث من ولدها المسلم، إلّا فيما إذا كانا كافرين كما تقدم الإلماع إليه.

وقال: (للمولى أرش جنايه الأجنبى عليها كغيرها من مماليكه، فإن كونها أم ولد لا يخرجها عن ذلك وله ضمان قيمتها على من غصبها).

كما أن له مهرها على من أدخل بها إذا كانت كارهه أو نحوها، أما إذا كانت زانيه فلا مهر لبغى، وكذلك للمولى أجره عملها إذا استعملها إنسان بكره منها أو باختيار لأنها كسائر العبيد.

وقال: (لو شهد اثنان على إقراره بالاستيلاد وحكم به ثم رجعا، غرما له قيمه الولد إن كذبهما فى نسبه، ولا يغرمان فى الحال قيمه الجاريه لأنهما إنما أزالا سلطنه البيع، ولا قيمه له مع احتمال ضمان الأرش للتعيب، بل ولا بعد الموت لأنها محسوبه على الولد، وهل يرث هذا الولد، إشكال، فإن قلنا به فالاقرب أن للورثه تغريمهما حصته).

أما إذا ادعى عليه الاستيلاد بلا شهود، ولم يحلف فى مقابل المدعى لجهل أو نحوه مما ثبت قول المدعى بسبب إبائه عن الحلف، فالظاهر أنه ليس على المدعى شىء، لأنه هو الذى ضرر نفسه بعدم الحلف على خلاف المدعى، لكنه محتاج إلى التأمل، والله العالم.

ص:۲۴۸

مسأله ۷ فروع الجواهر

(مسأله ۷): فيها فروع:

الأول: لا فرق فى الولد بين الذكر والأنثى والخنثى، لإطلاق الأدله، أما لو ولدت شيئاً لا نعلم هل أنه ولد أم لا، فالظاهر عدم تعدى الحكم إليه.

الثانى: لو كفر الولد بما لم يرث، أو كان قاتلاً لم تتحرر من نصيبه، إذ لا نصيب له، كما ذكر فى باب موانع الإرث.

الثالث: لو اختلف الأب والورثه فى مسأله عتق أم الولد لاختلاف التقليد، كان الحكم تابعاً للورثه، لأن الأب لما توفى لم يكن له حكم.

الرابع: لو كان الورثه مختلفين كان حكم كل تابع لنفسه، فيمكن أن تتحرر بعضها دون بعض، وحينئذ تستسعى لفك البقيه.

الخامس: لو اختلف الورثه وأم الولد هل لها ولد أم لا، احتاج المثبت منهما إلى الإثبات، لأنه حادث لا يؤخذ بقول مثبته إلّا بالدليل حسب موازين الدعوى.

السادس: لو اختلف السيد والأمه فى أن الولد هل حصل قبل، حتى لا تكون أم الولد حسب ما تقدم فى بعض المسائل السابقه، أو بعد، كان الأصل مع عدم كونها أم الولد، واستصحاب عدم التقدم مثبت، فإنه لا يثبت كونها أم ولد حتى تحكم بأحكامها عليها وعلى المولى.

السابع: لو اختلفا فى موت الولد كان الأصل بقاءه.

الثامن: لو كان لها ولدان حررت من نصيبهما لا من نصيب أحدهما، والظاهر تساوى ولدها وبنتها فى لزوم إعطاء نصف النصيب، لا أنه للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن الاختلاف لا دليل عليه وتنظيره بالإرث قياس.

التاسع: أم الولد هى الوالده لا المودع فى رحمها كما يتعارف الآن فى

إيجار الرحم، ولا يبعد جواز إيجار الرحم بالنسبه إلى زوجتين للمولى، أو أمتين، أو زوجه وأمه، أما الإيجار لامرأه أخرى فالظاهر المنع لأنه خلاف أدله حفظ الفرج، فكما لا يصح نقل نطفه رجل إلى رحم امرأه يسبب الولاده لها، كذلك لا يصح نقل منى رجل وامرأه تمازجا وصارا مبدأ نسل الولد إلى رحم المرأه، نعم إذا كان المنقول إليها كافره تبيح ذلك جاز من باب قانون الإلزام.

العاشر: لو اختلفا فى أن أيتهما أم الولد، كان المحكم البينه والحلف، وأخيراً القرعه، لأنها لكل أمر مشكل.

الحادى عشر: لو شك فى أن الحمل من الزوج أو من غيره، فالولد للفراش، أما إذا احتملت الشبهه فالقرعه، كما ذكرنا ذلك فى كتاب النكاح فى اشتباه الأمر بين زانيين أو مشتبهين أو زوج ومشتبه، وإذا كان الاشتباه بين الزنا والنكاح، أو بين الزنا والشبهه، فالمحكم قاعده «الولد للفراش».

الثانى عشر: لو اختلفا مذهباً أو ديناً فى صيرورتها أم ولد أم لا، أو فى أحكامها، فالمحكم القضاء على ما ذكرنا تفصيله فى كتابى النكاح والطلاق.

وهذا آخر ما أردنا إيراده فى هذا الكتاب، حتى تبقى الأحكام الشرعيه طريه كذكرهم أحكام اختصاصات رسول الله (صلى الله عليه وآله) ونحوها، وإنما ذكرناها بإيجاز غالباً لأن مسائل العتق وفروعها خارجه عن محل الابتلاء فى الحال الحاضر، فصرف الوقت إلى الأهم لعله أولى.

وكان ذلك فى صباح السادس والعشرين من شهر رمضان المبارك من سنه ألف وأربعمائه وسبعه فى المشهد المقدس للإمام الرضا (عليه آلاف التحيه والثناء) فى مدرسه الإمام الرضا (عليه السلام).

والحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين، ولعنه الله على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين.

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

كتاب الإقرار

اشاره

كتاب الإقرار

ص:۲۵۱

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمـد لله رب العـالمين، والصـلاه والسـلام على أشـرف خلقـه سـيدنا محمـد وعلى آله الطيـبين الطـاهرين، واللعنه الـدائمه على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص:٢٥٢

والغالب أن يكون بأسلوب الشرائع.

الإقرار: بمعنى الاعتراف، وليس أحدهما أوضح من الآخر، وإنما من عاده الفقهاء واللغويين تبديل لفظ بلفظ آخر فی التعاريف التی ليست مبنيه علی الدقه، وربما كان الأول أجلی، أو كان الثانی، أو بينهما عموم مطلق، أو من وجه، وربما يتعاون اللفظان فی توضيح أكثر، فإذا ورد لفظ فی آيه أو روايه أو معقد إجماع، كان اللازم ملاحظه عمومه أو خصوصه فی الفهم العرفی الذی يكون ذهن الإنسان مرآةً له، وإذا شك فالمرجع الأصول العمليه.

والإقرار من القرار، كأن الحق وقع فی قراره ومستقره حيث أظهره المقر، كما أنه يسمی اعترافاً كأن المقر رجع إلی العرف ولم يشذ عنه، وأصل العرف شعور الفرس عند رقبته كأنه لاجتماعه شبه به عرف الناس لاجتماعهم علی أمر، أو أظهر ما عرفه.

وكيف كان، ليس الإقرار من العقود أو الإيقاعات، لأنه ليس بإنشاء كما فی الجواهر.

وقد عرفوه بتعاريف، مثل أنه إخبار بحق علی نفسه، كما عن الوسيله.

أو إخبار عن حق لازم له، كما عن النافع والدروس.

أو أخبار عن حق سابق لا يقتضی تمليكاً بنفسه، بل يكشف عن سبقه، كما عن القواعد.

أو غير ذلك، لكن يمكن النظر فی كل ذلك، إلاّ أن يكون نظرهم تعريف الاسم، ولذا قال الجواهر: (الأولی إيكال ذلك إلی العرف الكافی فی مفهومه ومصداقه).

أقول: وذلک لأن الإبراء إذا اعترف به فقد أقر، مع أن التعاريف السابقه لا تصدق علیه إلّا بتکلف.

ثم إنه إذا اعترف بما لیس بواقع لمصلحه أو تعذیب أو ما أشبه، فهو إقرار صوره لا حقیقه، إذ لا واقع مطابقاً له، کما فی مورد إخبار خالف الواقع.

نعم إقراره یعطی فائده الإنشاء، لأن الحق یثبت علیه إذا لم یعلم الطرف خلافه، فکأنه بذلک أوجد حقاً علی نفسه، کما إذا قال: انصر، حیث أوجد الوجوب، وقد ذکرنا فی (الأصول) الفرق بین الإنشاء والإخبار فی الإشکال علی الکفایه، حیث أرجعهما إلی أمر واحد.

ثم إن الفرق بین الإقرار وبین الشهاده والدعوی والروایه والترجمه، أن الإولی إخبار، والإقرار إنشاء، وإن کان قد تأتی إحداهما بها مکان الأخری، مثل: (شهداء لله ولو علی أنفسکم)([1])، ومثل: (أقر علی صدیقه بالجریمه)، والدعوی علی الغیر والإقرار علی النفس، والروایه نوع من الإخبار، فلا یقال: روی، إذا قال: سیجیء زید، أو جاء بکر، بینما یقال له: أخبر، والترجمه یمکن أن یکون عن إخبار، ویمکن أن یکون عن إنشاء.

ثم إن متعلق الإقرار قد یکون إثباتاً، کما إذا قال: له علیّ مائه، وقد یکون نفیاً، کما إذا قال: إنی أقر ببراءه زید عن دین کان علیه لی، ولذا عممه الفخر کما نقل عنه الجواهر.

وکذلک قد یکون متعلقه عیناً أو منفعهً أو حقاً أو حکماً، کما إذا قال: علیّ دینار، أو منفعه داری لزید، أو له حق الشفعه، أو قال الأب: لهذا الصغیر علی حق کذا، حیث لیس قابلاً للإسقاط، کما ذکروا فی

۱- سوره النساء: الآیه ۱۳۵

الفرق بين الحق والحكم، وقد ذكرنا بعض الكلام على الفرق فى كتاب إحياء الموات.

كما أن الإقرار قد يتعلق بحق الله كالإقرار بشرب الخمر، أو بحق الناس كالإقرار بدين زيد عليه، أو بهما كالإقرار بالزكاه أو بالسرقه.

ثم قد يكون الإقرار بما لا يصح عقلاً أو شرعاً أو عادةً فهو إقرار باطل، كما إذا أقر بأنه ولد زيد، وعمرهما متساو، أو بأن الأختين معاً زوجته، أو أنه سرق مال زيد الذى فقد قبل ساعه فى مكان بعيد لا يمكن الوصول إليه عاده.

كما أن الإقرار قد يلزم الإنسان لنفسه، أو لازمه فيما يلزم الإقرار، كما إذا قال: هذه زوجتى، واعترفت هى أيضاً، حيث يلزم نفس الزوجيه، وكما إذا قال: هذه زوجتى، وهى أنكرت، حيث لا تثبت الزوجيه وإنما يثبت لازمها أى حرمه الخامسه والأخت وما أشبه.

وقد يكون الإقرار ولا يثبت، كالإقرار بالزنا مره مثلاً، وهذا داخل فى ما لا يثبت شرعاً.

ولا يلزم أن يكون الإقرار فى ضرر النفس، بل يمكن أحياناً بضرر الغير، كما إذا اعترف المريض المشرف على الموت بأن عليه صلوات، حيث إنها على الولد الأكبر إذا مات، وقد يكون فى ضررهما كما إذا قال: طلقت فلانه، حيث إن الطلاق ضرر عليهما.

ويدل على الإقرار أصلاً وحجةً، الأدله الخمسه، بإضافه الضروره، وقد يضاف السيره والمركوز فى أذهان المتشرعه أيضاً.

قال سبحانه: (أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى قالوا أقررنا)([1]).

وقال سبحانه: (ثم أقررتم وأنتم تشهدون)([2]).

ص:255

1- سوره آل عمران: الآيه 81

2- سوره البقره: الآيه 84

وقال تعالی فی الإقرار بلفظ آخر: (وآخرون اعترفوا بذنوبهم)((۱)).

وقال: (ألست بربکم، قالوا بلی)((۲)).

وقال: (شهداء لله ولو علی أنفسکم)((۳)).

والروایات بذلک متواتره، تأتی جمله منها فی المستقبل، إن شاء الله تعالی.

وفی النبوی المروی فی البحار: «قل الحق ولو علی نفسک»((۴))، ودلالته والإشکال فیه والجواب عنه، کما ذکروا فی قوله تعالی: (لینذروا قومهم إذا رجعوا إلیهم)((۵)).

لکن فی الجواهر تبعاً للمسالک: «قولوا الحق ولو علی أنفسکم».

والنبوی (صلی الله علیه وآله) الآخر المتواتر نقله فی کتب الفتوی، ویوجد فی الغوالی، عن ابن فهد (رحمه الله) وفی غیره: «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز»((۶)).

وخبر جراح المدائنی، عن الصادق (علیه السلام): «لا أقبل شهاده الفاسق إلا علی نفسه»((۷)).

ومرسل العطار: «المؤمن أصدق علی نفسه من سبعین مؤمناً علیه»((۸)).

والروایات المتفرقه فی أبواب الحدود.

ولا یخفی أن اشتراط تعدده فی باب الزنا، بل وغیره لا یضر، لأن الشارع جعل ذلک لحکمه فاستثنی عن الأصل، وإقرار بعض الورثه بالدین، وإقرار المریض، إلی غیرها من الروایات

۱- سوره التوبه: الآیه ۱۰۲

۲- سوره الأعراف: الآیه ۱۷۲

۳- سوره النساء: الآیه ۱۲۵

۴- البحار: ج ۷۱ ص۱۷۵ ح۲ فی باب حسن المعاشره

۵- سوره البقره: الآیه ۱۲۲

۶- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من أبواب الإقرار ح۲

۷- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۲ الباب ۶ من أبواب الإقرار ح۱

۸- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من أبواب الإقرار ح۱

والإجماع والضروره والسيره على حجيه الإقرار واضحات.

أما العقل، فلأنه إذا لم يكن الإقرار حجه اختل جزء من الحياه، ولذا جعلوه العقلاء حجه، بالإضافه إلى أنه من طرق كشف الواقع.

ومخالفته للواقع فى أماكن، كمخالفه سائر الأمارات العقلائيه، فإن مصلحه ضرب القانون لديهم أهم من مصلحه اتباع الأماكن الشاذه.

مسأله ١ ذكر الأمس واليوم وغد

(مسأله ١): لوشك فى كونه إقراراً أو وعداً، كما إذا قال: غداً لك عليّ دينار، ولم يكن ظهور عرفى، فالأصل عدم لزومه، وقد تقدم أن الإنشاء ليس إقراراً، لكن يترتب عليه لازم ذلك، كما إذا أنشأ البيع أو الطلاق، أو أنشأ الوالى القضاء أو الحكومه لإنسان، فإنه بعد الإنشاء يلزم عليه لوازمه، فيكون حاله حال ما إذا قرر عليه، فلا فرق بين أن يقول: (بعتك الكتاب) إنشاءً أو إخباراً فى لزوم تسليمه الكتاب.

ثم إنه قد يقول: إنه يطلبنى دينار، وقد يقول: إنه يعطلبنى غداً دينار، وقد يقول: إنه كان يطلبنى أمس ديناراً، فإنه فى الثالث يكلف بإعطاء الدينار، استصحاباً، إلّا أن يأتى بدليل أنه قد سدّد دينه.

ولو اعترف ثم لم يعلم أنه وفى السابق أم لا، فإن كان وقته ضيقاً حمل فعله على الصحه، وإلا استصحب عدم الأداء، كما إذا قال: كان عليّ لزيد قبل شهر دينار، وكان اللازم على أن أؤديه فى نفس ذلك الشهر ثم مات المقر، فإن مقتضى وضع أمر الأخ على أحسنه أنه أداه.

أما إذا لم يقل: وكان على أن أؤديه، فاللازم إعطاؤه، لأنه ثبت عليه ولم يعلم أنه أداه فالأصل بقاؤه، ولذا لا يعطى الحج والصوم والصلاه والحقوق عن الأموات وإن علم الورثه أنهم كلفوا بذلك.

ولو أقر وشك فى أنه هل كان مؤقتاً أم لا، كان الاستصحاب يقتضى البقاء.

ثم إنه قد يكون الإقرار وجوده كعدمه للعلم بمتعلقه وإن لم يقر، كما إذا قال البالغ العاقل: الصيام قد وجب عليّ شهر رمضان، لأنه معلوم حتى بدون إقراره، وكذلك لا أثر لما إذا كان واجباً قد ذهب وقته ولا يتدارك، كما إذا أقر بعد الطلاق بأن وطى زوجته كان واجباً عليه فى وقت كذا، فإنه لا أثر له بعد الطلاق، بخلاف ما إذا أقر بمثل هذا الإقرار وهى زوجته، حيث لها ادعاء

القضاء، لقاعده (من فاتته فريضه) الثابته نصاً وإجماعاً.

ثم إنه لا ـ فرق فى إلزامه بلوازم الإقرار بين أن يكون ذكره بـداعى الإقرار أم لا، كما إذا أخـذ يحكى لأصـدقائه قضاياه، وقال فى جمله كلامه: إنه قتل فلاناً أو ما أشبه، فإنه إقرار يؤخذ به، لإطلاق دليل الإقرار.

نعم، فى مثل شـعر الشـعراء لا يصدق الإقرار إلاّ إذا كان بقصد الإقرار، لعدم الصدق عرفاً، (والشعراء يتبعهم الغاوون، ألم تر أنهم فى كل واد يهيمون، وأنهم يقولون ما لا يفعلون)((١)).

قال فى الشرائع: (يصح الإقرار بغير العربيه اضطراراً أو اختياراً).

وفى الجواهر الإجماع بقسـميه عليه، بل لعل ذلك من الضروريات فى العربى فكيف بغيره، ولا يلزم أن يعرف المقر خصوصيات اللفظ انطباقاً على خصوصيات المعنى.

فلو علم أن (أنكحت هنـداً) إخبـاراً، معناه زواجها، لم يلزم أن يعرف أن (التاء) للمتكلم، بل لا يلزم أن يعرف أن (أنكحت) فعل، و(هنـداً) زوجـه، لصـدق الإـقرار بعـد عـدم وجـود الـدليل على لزوم معرفه الخصوصـيات، بـل رجحنـا ذلـك فى أبـواب العقـود والإيقاعات، فإن المعتبر اللفظ والإنشاء وهما متحققان.

والظاهر أنه لا حاجه فى الاقرار إلى اللفظ، لأن العقلاء لا يعتبرونه، وإنما يكفى كل مفهم له من لفظ أو إشاره أو كتابه أو غيرها.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (التأمّل الجيد فى كلامهم يقتضى عدم صدق الإقرار على الإشاره الفعليه الداله على الاعتراف بالحق، لعدم صدق الإخبار عليها حقيقه، وإن لحقها حكم الإقرار) انتهى، محل نظر، ويشملها

١- سوره الشعراء: الآيه ٢٢٤ ــ ٢٢٦

دليل المسالك فى كفايه كل لغه، قال: (لما كان الغرض من الإقرار الإخبار مما فى الذمه أو فى العهده، ولا يختص بلفظ معين، بل ما دلّ على المراد لم ينحصر فى لغه) إلى آخره، وتبعه فى الاستدلال المذكور الرياض وغيره.

أما عدم الاحتياج إلى لفظ خاص فلا إشكال فيه ولا خلاف، بل عن التذكره دعوى الإجماع عليه.

ويشترط أن لا يكون مشتبهاً بالسب ونحوه، كما إذا قال: أكلت كذا، ولم يعلم هل أنه يسب نفسه أو أنه إقرار، لم ينفع للأصل، وكذا فى كل مورد مشتبه بين الإقرار وغيره مما لا أثر له، أما إذا كان له أثر كان من العلم الإجمالى.

ولو أقر بلفظ غلط لغه لم يضر لأنه إقرار.

ولو كان اللفظ مجازاً كفى، كما إذا قال: أنا أمرته أن يدفنه، أو أن يلحقه بالرفيق الأعلى، أو ما أشبه، كما أفتى به الجواهر، مستدلاً عليه بكون المدار على اللفظ الدال بنفسه، أو بقرينه على ما يفيد الإقرار، ثم قال: (ومن الغريب دعوى بعض الناس ظهور كلمات الأصحاب فى اشتراط كون صيغه الإقرار حقيقه عرفاً أو لغةً) انتهى.

ثم إنه إذا كان مذهب أو دين أو رأى فقهى عدم حجيه الإقرار، أو عدم حجيه قسم منه، أو كان حجه بما لا نراه حجه، كالذى يقلد من لا يقول بحجيته مجازاً، أخذ على ما التزمه فى الأولين، لقاعده الإلزام، وقد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه) أن القاعده تفيد ما له وما عليه، فهى من قبيل: «لحكمت بين أهل التوراه بتوراتهم» إلى آخره، بالإضافه إلى أنه ليس إقراراً على نفسه بعد أن لم يعد عنده إقراراً.

أما فى المقلد، فلأنه ليس بإقرار، فلا موضوع له، وكذلك إذا جيء بمثله عند من يراه إقراراً، فلا حق فى أن يحكم عليه.

ولا يلزم أن يكون الإقرار مصب الكلام، بل يكفى فيه المفهوم، كما إذا قال: تمتعت بفلانه عشره أيام، فإنه لا

علقه بعد العشره، لأنه أقر على نفسه بذلك حسب المفهوم، ولا يلزم حجيه المفهوم أصولياً، بل اللازم صدق الإقرار ولو بمفهوم الوصف إذا كان ظهور عرفى.

كما أنه إذا نفى أن يكون ملكه بإرث أو هديه أو اشتراء، إلى آخر الأسباب الناقله، كان اعترافاً بعدم الملك، وإن ادعى ملكه له.

ولو كان الإقرار بعضه له وبعضه عليه، مثل أن قال: قتلت رجلاً ساباً للنبى (صلى الله عليه وآله)، فاللازم عليه إثبات أنه سبّ، وإلا كان إقراراً بالقتل الموجب لتوابعه.

ص:٢٦١

مسأله ۲ التعليق ليس إقرارا

(مسأله ۲): قال فى الشرائع: (ولو قال: لك عليّ كذا إن شئتَ، أو إن شئتُ (بالفتح أو الضم) لم يكن إقراراً، وكذا لو قال: إن قدم زيد، وكذا إن رضى فلان، أو إن شهد).

وعلله فى الجواهر تبعاً لغيره باشتراك الجميع فى التعليق المنافى للإخبار، وإن كان على صفه يتحقق وقوعها.

أقول: أما الأول: فهو كما ذكره، لأن المعلق ليس إقراراً، من غير فرق فى أقسام التعليق، مثل أن يقول وقت طلوع الشمس: إن كان عليّ كذا أعطيت، حيث علق الحق لا متعلق الحق.

وأما الثانى: فهو يمكن أن يكون إقراراً، ويمكن أن لا يكون، فإنه إذا نذر أن يعطى زيداً ديناراً إذا جاء والده، قال: لك عليّ دينار إن جاء والدى، وهذا ليس تعليقاً مبطلاً، ولذا يجب عليه إعطاؤه إذا جاء والده.

نعم يلزم أن تكون هناك قرينه لتعيين هذا حتى يكون إقراراً، أو ذاك حتى لا يكون إقراراً، وإن اشتبه الأمر كان الأصل عدم الوجوب، كما تقدم مثله فى المسأله السابقه.

ثم قال الشرائع: (ولو قال: إن شهد لك فلان فهو صادق، لزمه الإقرار فى الحال، لأنه إذا صدق لزمه الحق وإن لم يشهد).

أقول: اختلفوا فى ذلك، فالشيخ فى المبسوط وابن سعيد فى الجامع والعلامه فى جمله من كتبه ـ كما حكى عنهم ـ قالوا بمقاله المحقق، بل عن فخر الإسلام أنه حكى عن والده نسبته إلى الأصحاب، لكن المشهور بين المتأخرين أنه ليس بإقرار.

والكلام قد يكون فى معرفه المتكلم، وقد يكون فى ظاهر كلامه، أما معرفته فهو على ثلاثه أقسام:

الأولى: إنه يعلم عدم دينه مثلاً، وإنما يريد التعليق على المحال عنده،

أي إنه لا يشهد فلا دَين، مثل قوله: (إن كان للرحمان ولد فأنا أول العابدين).

الثاني: أن يعلم دَينه، وإنما يعلقه على شهاده فلان لداع.

الثالث: أن يشك حقيقه، وحيث يعلم علم فلان أو أنه لا يتكلم إلّا عن ميزان يعلقه على كلامه.

فالواقع أنه في الأول لا يجب عليه، وفي الثاني يجب عليه، وفي الثالث إن أورث شهاده المعلق عليه علماً أو كان حجه شرعيه وجب وإلا لم يجب.

وأما ظاهر كلامه، فالأقرب قول المشهور، لأنه لا يصدق عليه الإقرار عرفاً، إذ المنصرف من الإقرار ما كان عن جزم، إلّا ما تقدم من مسأله أنه كان ناذراً فعلّق إقراره، وقد أطال الفقهاء الكلام في المسأله فراجع الشرحين وغيرهما.

ولو فرض أنه لم يطمئن بدليل الطرفين فأصاله العدم محكمه.

ص:٢٦٣

مسأله ۳ الإقرار منصرف إلى المتعارف

(مسأله ۳): لا ينبغى الإشكال فى أن إطلاق الإقرار بالمكيل والموزون والمذروع والمعدود منصرف إلى المتعارف عند المقر من جهه بلد، أو عرف خاص أو ما أشبه، وكذا فى النقد والجنس وغيرهما.

فلو قال فى العراق: حقه وزناً، أو كيله فى بائعى حليب الأبقار والجمس، أو ذرع من قماش، أو جريب من الأرض، أو دينار، أو حنطه، لزم إعطاء مصطلحات العراق، فالحقه كذا مثقالاً، والكيله مقدار واحد من سته عشر من أجزاء الحقه، والدينار عراقى لا كويتى أو إيرانى، إلى غير ذلك.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: (لا خلاف، بل ولا إشكال فى أن إطلاق الإقرار بالموزون من أهل بلد مخصوص ينصرف إلى ميزان تلك البلده إذ كان فيها، لأن ألفاظ الإقرار كغيرها فى الحمل على المتعارف إن كان، وإلا فعلى اللغه، وكذلك الكلام فى الكيل، وكذا إطلاق النقدين من الذهب والفضه فينصرف إلى النقد الغالب من المسكوك فى بلد الإقرار) انتهى.

ويدل على ذلك أن موضوع الإقرار مأخوذ من العرف، فإذا حكم العرف بشىء نفذ بالحكم الشرعى، بل العقلائى أيضاً إذا كان واضحاً.

وأما إذا لم يكن واضحاً، فإن كان مجملاً بين ما لا تبعه له وما له تبعه لم يفد الإقرار شيئاً، كما إذا كان قتيلان، أحدهما قتل لأنه سبّ النبى (صلى الله عليه وآله) والآخر ظلماً، فقال زيد: أنا قتلت، فإنه لا يؤخذ بشىء.

أما إذا كان كلاهما مورد المآخذه، فإن اختلفا قيمه أخذ بالأقل لأنه متيقن، كما فى ما نحن فيه إذا قال: علىّ لزيد دينار، وكان فى مكان يتعارف فيه الدينار العراقى والإيرانى، والمفروض أن الثانى أقل، فإن اللازم أخذه من تركته، إذا مات مثلاً.

أما الأزيد فليس فيه إقرار، وقد سبق الإلماع إلى بعض فروع الإقرار الإجمالى.

ثم اللازم ملاحظه الظاهر، فإن أقر فى العراق بأن زيداً يطلبه منّاً من الحنطه انصرف إلى العراقى، وإن كان المقر إيرانياً، بل والمقر له أيضاً، والعكس بالعكس، اللهم إلاّ إذا كان ظهور، وإذا شك دخل فى المجمل كما تقدم.

ثم قال الجواهر مازجاً مع الشرائع: (ولو كان نقدان غالباً، أو وزنان مختلفان وهما فى الاستعمال سواء، رجع فى التعيين إلى المقر، بلا خلاف أجده فيه).

أقول: هو كذلك، سواء كانا متساويين قيمةً أو لا، ومع عدم التساوى يرجع إليه فى التعيين، فإن عين الأقل كان له، لأنه لم يعترف بأزيد من ذلك، وإن قال: لا أعلم، أو لم يمكن الرجوع إليه، كان عليه الأقل، وعلله الجواهر بأنه المتيقن.

ولو قال: على نقد، صح أن يفسره بأقل النقود قيمه ولو لم يتعارف نقده، كما إذا قال فى الكويت: علىّ دينار وفسره بعد ذلك بالدينار العراقى وليس ذلك متعارفاً فى الكويت، فهل يقبل، ظاهر كلام المحقق وجمله آخرين عدم القبول، وكأنه لأنه من الإنكار بعد الإقرار، لكن عن مجمع البرهان لا يبعد القبول أيضاً، لأنه يمكن أن يريد غير المتعارف فى البلد، وإن كان خلاف الظاهر.

أقول: إن كان ظهور لا ينبغى الإشكال فى عدم قبول تفسيره، فإنه كما إذا فسره بالمعنى المجازى، وإلاّ فلا إشكال فى تفسيره.

ولو شك فى الظهور، فالأصل براءه ذمته.

أما لو فسره ـ بخلاف الظاهر ـ

بالأقوى، كما إذا قال فى العراق: على دينار، وفسره بعد ذلك بالدينار الكويتى غير المتعارف فى العراق، والكويتى أغلى من العراقى، قبل بلا إشكال، لأنه إقرار جديد.

ولو لم يكن فى البلد أيهما، كما إذا اعترف بالدينار فى مصر، كان له أن يفسره بالأقل لأنه لا ظهور فى خلافه.

ثم إن قول الشرائع المتقدم: (وهما فى الاستعمال سواء) الظاهر إرادته وجود المعامله بهما عرفاً، لا أن يكونا متساويين كماً، بحيث لا يكون لأحدهما غلب فى الاستعمال على الآخر.

ولو قال: له على منّ من الرمان، حق له أن يفسره بالرمان الجيد والردىء، كما له أن يفسره فى وقت غلائه كأول زمان مجيئه أو رخصه، فلا حق للمقر له بخلاف ذلك.

وكذلك إذا قال: له عليّ ثوب، فإن له أن يفسره بالجيد والردىء، والجديد والخلق، وما للرجال أو النساء أو الأطفال، والإزار أو المئزر أو ما أشبه، كل ذلك لأنه لم يعترف بأكثر من ذلك.

ولو قال: له عليه مثقال ذهب، اعترف به فى وقت غلائه أو رخصه، فهل للمقر له أن يطلبه فى وقت الغلاء وهو اعترف فى وقت الرخص، أو هل للمقر أن يعطيه فى وقت الرخص وقد اعترف له فى وقت الغلاء، إن قلنا: بأن الاعتبار بالقوه الشرائيه فلا فى الفرعين، وإن قلنا: الاعتبار بالعين فنعم فيهما.

وقد تعرضنا لشبه هذه المسأله كالدين والمهر والقرض وغيرها، فى (الفقه: الاقتصاد).

ص:٢٦٦

مسأله ۴ لو أقر بالمعلوم والمجهول

(مسأله ۴): لو أقر بشيء فيه حقان لله وللناس، وكان طرف حق الناس مجهولاً مطلقاً فلا ينبغي الإشكال في تنفيذ حق الله، كما إذا اعترف بأنه سرق فإن يده تقطع.

أما حق الناس أي المال إذا كان المسروق منه مجهولاً، كان للحاكم أخذه منه وجعله في مصرفه، لأنه ولي من لا ولي له.

أما إذا أقر بأنه قتل شخصاً عمداً ولا يعرفه فلا حق للحاكم في القصاص، إذ ذلك بيد الولي وله العفو أو الديه، فمن المحتمل أن يعفو الولي إذا وجد، وكذلك إذا أقر بجرح إنسان، وربما يحتمل في كلا الفرعين احتمال آخر، فلا حق للحاكم في أخذ مال السرقه لاحتمال عفو المسروق منه، وله الحق في القصاص أو الديه أو العفو، لأنه ولي من لا ولي له.

أقول: حيث إنه ولي من لا ولي له، لم يبعد أن يقوم مقام المسروق منه وولي الدم في كل ما لهما.

ولو أقر بأنه زنى، لكن لم يعلم أنه زنا محصن حتى يكون حده القتل، أو غيره حتى يكون الجلد لم يقتل قطعاً، لأن الحدود تدرء بالشبهات، لكن الظاهر جلده، لأنه إما حده واقعاً، وإما تأديبه، حيث علم من الشرع أنه لا يترك الجاني بغير عقاب، فلا يقال: إنه أيضاً يدرأ لأنه لم يعلم به.

فحاله حال ما إذا علم أنه إما سرق أو زنى، حيث أقر بأحدهما ولم يعلم به، فإنه لا يترك بدون قطع وجلد، وإنما يؤدب بما يراه الحاكم صلاحاً.

وسيأتي جمله من الكلام في الإقرار المبهم، إن شاء الله تعالى.

ص:۲۶۷

مسأله ۵ صور تکرار المقر به

(مسأله ۵): لو قال: له عليّ درهم، لزمه درهم واحد، ولو كرره فإن كان الظاهر منه التأكيد أو التأسيس أخذ به، وإلّا فالأصل عدم التعدد، بل قال فى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، لاحتمال إراده التأكيد، والأصل براءه الذمه.

ولو قال: له على درهم ودرهم، لزمه اثنان، وفى الجواهر بلا ـ خلاف، وفى المسالك ظاهرهم الاتفاق عليه، لأن ظاهر العطف المغايره.

ومما تقدم يظهر حال ما لو قال: درهمان درهمان، أو درهمان ودرهمان.

وينبغى أن يستثنى من ذلك ما لو كان إنسان أو من عرف قاعدتهم التأكيد لتثبيت أكثر، أو كان المجال لا يقتضى التأسيس، كما إذا قال: دارى لزيد ودارى لزيد، وليس له إلّا دار واحده.

ثم الظاهر أنه لا ـ فرق بين أن يقول: درهم ودرهم، أو فدرهم، أو ثم درهم، أو كذلك درهم، أو هكذا درهم، أو ما أشبه مما ظاهره التعدد.

وخالف فى (الفاء) جماعه، كما عن المبسوط والقواعد والإرشاد للفاضل، وولده فى محكى شرحه له، بل عن الأول أنه لا خلاف فيه، لمجىء الفاء غير عاطفه، والأصل براءه الذمه.

وفيه: إن الظهور التعدد، والاحتمال لا ـ يدفعه، بالإضافه إلى أنه لا ـ مانع من عاطفيه الفاء، إذ لعله عطف باعتبار فصل الزمان بين الدينين، أو فصل الزمان للأداء، بأن يكون الواجب إعطاء الأول فى هذا الشهر، والآخر فى شهر ثان.

ولو قال فى تفسير درهم فدرهم: إنما أردت فدرهم لازم لى، فهو تأكيد لا تأسيس لم ينفع، لأنه خلاف الظاهر، فهو مثل أن يقول: إنى قتلت زيداً، ثم يقول: كان مرادى المستقبل، أى أقتله، مثل (انشق القمر) ولم أكن أعلم أنه قد قتل، وهذا اعتراف بما لم أفعله.

وعليه، فما عن التحرير والدروس، وتبعهما المسالك، من أن يقبل قوله فيما فسره بـ: (فدرهم لازم لى) بيمينه لو خالفه المقر له، محل نظر.

ولو قال: له عليّ

درهمان درهم درهم، أو بالعكس، لم يكن إقراراً بأزيد من درهمين، لعدم ظهور له فى التأسيس، فالأصل البراءه.

وكذا لوقال: دراهم درهم درهم درهم.

ولو قال: درهمان درهم درهم درهم، أو دراهم درهم درهم، ولم يكن الجمع عنده ظاهراً فى الاثنين فما فوق، كان الأصل عدم الزياده، للشك فى التأسيس بعد أن لم يكن ظهور.

ولو قال: درهم ودرهمان، فاللازم ثلاثه، وكذا العكس، كما ذكره الجواهر.

ولو قال: درهم درهمان، احتمل اثنان، بأن أضرب عن الدرهم، فإن لم يكن ظهور عرفى فى الثلاثه كان الأصل البراءه من الثالث.

ولو قال: عشره دراهم ودينار، كان عليه كلاهما.

ولو قال بدون العطف وقال: أردت أن العشره دينار سمع منه، لأصل البراءه بعد عدم ظهور اللفظ فى الجمع.

ولو قال: علىّ درهم فوق درهم، أو تحت درهم، أو مع درهم، أو على درهم، أو قبل درهم، أو بعد درهم، لزمه اثنان للظهور، خلافاً لمن قال بالدرهم الواحد للشك والمتيقن واحد، والفاضلان وغيرهما اختلفوا فى لزوم الدرهم الثانى وعدمه.

ويؤيد ما اخترناه من أنه حسب الفهم العرفى ما ذكره الجواهر، قال: (الإنصاف ظهور شغل الذمه بدرهمين لو قال: له علىّ درهم قبله درهم، أو بعده درهم، والثلاثه لو قال: قبله درهم وبعده درهم، بل قد يقال: بلزوم الدرهمين فى نحو فوقه درهم، أو مع درهم، أو معه درهم) انتهى.

وعليه فإذا قال: على درهم فوقه درهم، وتحته درهم، ومعه درهم، ويمينه درهم، وشماله درهم، وقبله درهم، وبعده درهم، لزمه ثمانيه.

نعم لوقال: على الدار التى فى آخر العقد بعدها دار أو ما أشبه ذلك، لم يكن اعترافاً بالدار الثانيه.

وكذا إذا قال: علىّ دار فوقها دار أو تحتها دار أو ما أشبه، حيث إن

الظاهر أنها علامه لا اعتراف بدار ثانيه، ولو قال: له عليّ درهم فی عشره دراهم، الظاهر أن اللازم عشره، وقول الجواهر: (الظاهر لزوم درهم واحد، لأنه المتيقن) غير ظاهر الوجه، كما أن احتمال وجوب أحد عشر، لأن (فی) يأتی بمعنی (مع) نحو قوله تعالی: ﴿ادخلوا فی أمم﴾([(۱)])، غير ظاهر الوجه.

نعم إذا كان فی لغه ظاهراً فی أحد الأمرين، أو غير ظاهر، أخذ بالظهور فی الأول، وبإلزام المقر بالتعيين فی الثانی، فلو لم يعين كان المرجع الأقل لأنه المتيقن.

ولو قال: له علی درهم من الدراهم، أو بالدراهم، حيث احتمل (من) ضمن الدراهم، أو منطلقاً من الدراهم، وفی الباء بمعنی (مع) أو (عن)، كان الإقرار بالدرهم الواحد.

قال ابن مالک:

بالبا استعن وعد عوض الصق

ومثل مع ومن وعن بها انطق

قال فی الشرائع: (ولو قال: غصبته ثوباً فی منديل، أو حنطهً فی سفينه، أو ثياباً فی عيبه، لم يدخل الظرف فی الإقرار).

أقول: وذلک لعدم ظهور الكلام فی غصب الظرف.

وكذا لو انعكس، مثل له عندی سفينه فيها طعام، أو ظرف فيه زيت، أو غمد فيه سيف، لاحتمال أن المظروف له، وإنما ذكر المظروف علامه.

ولو قال: له عندی دابه بسرجها، ودار بفراشها، وسيف بغمده، كان الظاهر المعيه، فهو إقرار بهما.

ولو قال: غصبته فصاً فی خاتم، أو له عندی فص فی خاتم، كان المتيقن الفص، وأنه أراد بذكر الخاتم حاله الفص وقت غصبه، وعلامه للفص الذی عنده بأنه فی خاتم، ولذا قال المسالک: فيه وجهان أظهر هما العدم، وإن أشكل عليه الجواهر

۱- سوره الأعراف: الآيه ۳۸

بأن المنساق فى عرفنا دخوله على أنه كالجزء منه حتى أنه لو باعه دخل فيه، فهو حينئذ كما لو قال: له هذا الخاتم، وكان فيه فص فلا يقبل منه منفصلاً استثناء الفص.

أقول: فرق بين ما تقدم وبين له هذا الخاتم عرفاً، فلا يقاس الأول بالثانى.

وبذلك يظهر أبعديه ما قاله القواعد، من أنه (لو قال: له خاتم، وجاء به وفيه فص واستثناه، فإن الظاهر عدم قبوله) انتهى.

ولو قال: اعطوه فصى، فالخاتم مستثنى.

ولو قال: اعطوه خاتمى، وفيه فص، كان الفص معه للظهور العرفى.

ولو قال: الاصطبل أو الكراج له، لم تدخل الدواب والسياره، كما أنه لو قال العكس لم يدخلا.

ولو قال: له على المروحه، أو التلفون، أو البراده، أو الثلاجه، دخل السلك المتصل بها غالباً، لأنه جزء فى الإطلاق، وإن لم يكن جزء الحقيقه.

ولو قال: هذه الشاه له، لم يدخل حملها، لأن الحمل ليس جزءاً، فمن الممكن أنه باع الشاه بدون الحمل.

ولو قال: هذه البئر له، دخل ماؤها للانصراف.

ولو قال: الحمام الذى فى العش له، أو هذا النحل له، لم يدخل العش والفرخ والبيض والعسل وما أشبه فيه.

أما لو قال: هذه الدجاجه له، فالظاهر دخول بيضها فيها، أما البيوض غير الكامله فلأنها جزء، أما الكامله فلأنها وإن كانت قريبه الانفصال، إلاّ أنها لا تعد خارجه عن الدجاجه، سواء فى البيع أو الوصيه أو الإقرار أو غيرها، فتأمل.

ولو قال: له على دابه عليها سرج، أو فى فيها اللكام، لم يدخلا لاحتمال

العلاميه، وبذا أفتى الشرائع فى (دابه عليها سرج)، وعلله الجواهر لعدم اليد للدابه على كل ما عليها، خلافاً لبعض الأصحاب حيث قال بالدخول.

أقول: كان الأولى تعليله بعدم الظهور، ولقد أجاد حيث قال: (لعل جعل المدار على العرف فى جميع ما تقدم أولى من الإطناب حتى فيما حكموا الاتفاق عليه، ضروره معلوميه عدم التعبد فى أمثال هذه المسائل، وهو مختلف باختلاف الأمكنه والأزمنه والأحوال) انتهى.

ولو قال: له على ألف فى هذا الكيس، أو الألف الذى فى الكيس، كان عليه الألف لا الكيس.

أما الاستدلال لدخول الكيس بروايات الوصيه فهو أشبه بالقياس، وقد ذكرنا الروايات فى كتاب الوصيه.

ولو قال: هذه الدابه، أو السيف، أو الدار، أو السياره، أو المروحه لزيد، لم يدخل السرج والغمد والفرش والكراج والزر فى الإقرار.

نعم يدخل مفتاح الدار والسلك المتصل بالمروحه، ولعله يدخل الأجزاء الاحتياطيه للسياره والمروحه، حيث يتعارف جعل بعض الآلات متعدداً احتياطاً، أما دهن السياره والمروحه، ففيه احتمالان، وإن كان الأقرب عدم الدخول.

ولو عطف ببل، فله صور:

الأولى: أن يكونا متخالفين، مثل له على قفيز حنطه بل قفيز شعير، فعليه كلاهما، لأن بل حكمه حكم الإنكار، وليس جزءاً من الكلام السابق، فهو إقرار بالأمرين، إذا أمكن الجمع بينهما، وهذا هو المشهور، خلافاً لأبى على فى محكيه، حيث أوجب ما بعد بل فقط، وكأنه لأنه من تتمه الكلام، ولأصاله البراءه، وقد عرفت ما فيهما، إذ ليس ذلك تتمه وإلّا لصح أن يقول:

له علی ألف هذا کان قبل سنه، والآن لا شیء له علی، وأمثال ذلک، وحیث کان إقراراً لا مجال لأصل البراءه.

أما ما فی صحیح هشام، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: أمیر المؤمنین (علیه السلام): «لا یأخذ بأول الکلام دون آخره»(1)، فلا دلاله فیه علی المقام، وإنما المراد أن الإمام کان یستمع إلی کل الکلام ثم یحکم حسب الموازین، إذا کان فی مقام الحکم مثلاً. فی مقابل الذین یستعجلون بمجرد السماع، ولذا کانت القاعده البلاغیه تقول: (للمتکلم أن یلحق بکلامه ما شاء ما دام متشاغلاً بالکلام)، فللمقر حق إلحاق الوصف أو الاستثناء المتعارف، لا مثل له علی عشره إلاّ تسعه، أو الحال، أو التمییز أو ما أشبه، لا حق الإضراب فإنه وإن کان صحیحاً فی نفسه فی بدل الغلط، إلاّ أنه خلاف الأصل، فإن الأصل عدم السهو والنسیان والغلط وسبق اللسان وما أشبه، کما أن الأصل عدم السکر والجنون وما أشبه، فلا یسمع کلامه إذا اعترف ثم قال: إنی کنت سکراناً حین الکلام، أو مجنوناً، وکذا لا یقبل إذا کان الملحق بالنسبه إلی المقر له، مثل قول المقر: إنی قتلته، ثم قال: وقد کان ساباً للنبی (صلی الله علیه وآله).

وکیف کان، فمقتضی القاعده ما ذکرناه، إلاّ إذا لم یمکن الجمع لمحذور فی المقر، أو فی غیره، فالأول مثل أن یقول: هذه زوجتی بل أختها، حیث لا یمکن الجمع بین الأختین، فالإقراران متعارضان، ولا یتمکن الحاکم أن یحکمه بأیهما، بل علیه أن یلتمس دلیلاً جدیداً، فتأمل.

نعم، هما حجتان فی لازمهما، فإنه لا یحق له أن یتزوج بالأخت الثالثه،

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۱۵۸ الباب ۴ من أبواب آداب القاضی ح۳

ومثل ذلک إذا قال: هذه الأربع زوجتی بل هذه الأربع الأخری، ولازمهما عدم جواز زواجه بأخری لأنها تکون حینئذ خامسه.

أما المحذور فی غیر المقر، کما إذا قال: هذه زوجتی بل زوجه زید، حیث إن الإقرار لا یصح بزوجه زید، من غیر فرق بین أن تکون زوجه زید قبل بل أو بعد بل.

ولو کان بعض أحدهما باطلاً، لا کل أحدهما، فهل الحکم کذلک لا یحکم بالإقرار الصحیح _ کما فی هذه زوجتی بل أختها _ أو لا، مثلاً قال: هذه الخمس زوجتی بل هذه الثلاث، حیث إن کل الخمس لیس باطلاً بل بعضه، الظاهر أنه لیس مثل هذه زوجتی بل أختها، فالإقرار وقع علی أربع من الخمس، وبطل الإقرار بالثلاث، لأنه لا مجال له بعد الأربع.

ولو انعکس بأن قال: هذه الثلاث زوجتی بل هذه الخمس، أو هذه الأربع أو...، فإنه یصح الإقرار فی الثلاث الأول وواحده من المتأخر من بل، لإمکان الجمع بینهما، وفی تعیین أن الواحده أی الخمس أو الثلاث أو ما أشبه القرعه إذا لم یمکن اکتشاف الواقع، کما إذا مات وأورثهن أربعه دنانیر هی ربع ماله، حیث تعطی الثلاث ثلاثه، وتعطی إحدی ما بعد بل بالقرعه، أو یقسم الرابع بین ما بعد بل بالسویه لقاعده العدل.

الثانیه: لو کانا مطلقین وأحدهما أکثر عیناً، فلا إشکال ولا خلاف فی دخول الأقل فی الأکثر، کما إذا قال: له علیّ قفیز بل قفیزان، فإن اللازم علیه قفیزان، وکذا لوقال: قفیزان بل قفیز، أو قال: قفیز بل قفیزان بل ثلاثه، فإن الواجب ثلاثه، واحتمال الجمع بالثلاثه فی الأول، والسته فی الثانی لا وجه له.

أما إذا کان مطلقین وأحدهما أکثر قیمه، کما إذا قال: دینار بل درهم، أو بالعکس، فالظاهر دخول الأقل تحت الأکثر فی المثال، لأن النقدین من جنس

واحد عرفاً، دون ما إذا قال: كتاب بل قلم، وكان القلم أغلى، حيث اللازم إعطاؤهما لأنهما شيئان عرفاً ولا يلاحظ فى مثلهما القيمه.

الثالثه: لوقال له: عليّ درهم بل درهم، فالظاهر أنه واحد، لاحتمالين:

الأول: إنه أضرب ثم تذكر أن لا شىء غير الدرهم فأعاده.

الثانى: إن بل يجعل ما بعده غير ما قبله، فاللازم أن يكون عليه درهمان، وحيث الاحتمالان، فالأصل البراءه من الزائد.

واختار لزوم درهم واحد الشرائع خلافاً للقواعد، حيث جعل اللازم اثنين، ومال إليه الكركى، وجعله الإيضاح الأصح على المنقول عنهم، لكن الأقرب الأول، واختاره الجواهر وغيره.

وكذلك مثل: لى زوجه بل زوجه.

وإن كان الثانى أو الأول مشتركاً، فهل يحمل على معنى آخر أو لا، فيه الاحتمالان، مثلاً قال: لك عندى ذهب بل عين، حيث إن العين مشتركه بين الذهب والجاريه، الظاهر أنه كالأول أيضاً للاحتمالين، والتمسك بدلاله الاقتضاء بأنه لو كان غير الأول لزم غلطيه بل، فاللازم جعل الكلام بحيث يصح، فهو إقراران بكل من الذهب والجاريه، فيه: إن الظهور ليس بحيث يقاوم الاحتمالين، والأصل البراءه.

الرابعه: لو كان أحدهما معيناً والآخر مطلقاً واتحدا قدراً ووصفاً، حمل المطلق على المقيد، سواء تقدم أو تأخر، كما لو قال: له على درهم بل هذا الدرهم، أو هذا الدرهم بل درهم، والمغايره محققه عرفاً بالإطلاق والتقييد، وفى كليهما يجب عليه إعطاء المقيد لأنه قيد زائد، وبهذا أفتى الجواهر أيضاً، لكن ربما يقال: إن ذلك إذا لم يكن المعين فى معرض الخطر، وإلّا كان عليه المطلق، كما إذا صادف حمله الذئب على شاه فقال بعد قوله: على شاه هذه الشاه، أوكان مطمع الظالم أو ما أشبه، أو لم يوجب تلفه ضماناً على المقر وإلّا فلو ضمنه أيضاً لم يكن ضرر على المقر له على كلا التقديرين، وإنما نقيده

بهـذا القيـد لأن قوله: (بل هذه الشاه) ليس إقراراً على نفسه، بل لنفسه، حيث إن بإقراره الثانى يريد دفع ضـرر الذئب والظالم عن نفسه إلى المقر له.

الخـامسه: إذا اختلفـا وكـان المعين هو الأقـل، مثـل: له هـذا القفيز بل قفيزان، فاللازم إكمال المعين بقفيز آخر، لأنه اعترف بهـذا وبقفيز آخر، ولا فرق فى ذلك بين تقدم المعين أو تأخره.

ولو قال: له على قفيز بل هذان القفيزان، وجب المعين فى كليهما، للاعتراف بالمعين فيهما.

السادسه: لو جمع بين المختلفين كميةً وتعييناً، كما لو قال: له هـذا القفيز من الحنطه بل هذان القفيزان من الشـعير، وجب الجميع، لأنه اعتراف بهما، كما أفتى به الجواهر، وكذا حال العكس، ولا فرق بين إضراب ثان وعدمه، كما إذا قال بعد الكلام السابق: بل هذا القفيز من الحنطه، فإنه لم ينفع فى إثبات شىء أو سلب شىء، ولو قال: قفيزان بل قفيز بل قفيزان، لم يجب إلاّ ثلاثه، حيث لا ظهور فى أنه اعتراف جديد حتى تلزمه خمسه.

السابعه: إذا تقدم النفى، كما إذا قال: ما له على درهم بل درهمان، أو ما له هذا الدرهم بل هذا، أو هذان، أو ما له على درهم بل درهم، فالمتقدم منفى على أصله، والثابت ما بعد بل، كذا فى الجواهر وهو كما ذكره.

ثم قال: ولو قال: له عشره لا بل تسعه، لزمه عشره بلا خلاف بين من تعرض له.

ثم إنه قد لا يفيد بل شيئاً جديداً، كما إذا قال: له على بعض أجزاء العشره بل بعض أجزاء التسعه، أو شىء من عشره بل شىء من تسعه.

ولو جاء فى الكلام ما إثباته نفى ونفيه إثبات، كما ذكروا فى كاد، مثل: كاد أن يطلبنى فلا طلب.

ولو قال: ما كاد يطلبنى، فهو طالب، كما قال سبحانه: (فذبحوها وما كادوا يفعلون).

ولو قيل له: لماذا طلقت زوجتك، فقال: إنى ما أردت طلاقها لكنها أصرت، فهو إقرار بالطلاق.

ولو قيل له: لماذا لم تنكح فلانه،

فقال: إن أباها كان مانعاً فلما مات قضى الأمر، كان إقراراً بالنكاح.

ولو قال: طلقتها مره بل ثلاث مرات، كان إقراراً بالثلاث، ولو عكس لم ينفع فى كون الطلاق واحداً.

ولو قيل له: هل هذا ولدک، قال: إنه ليس بولدى، إنه عمل غير صالح، كان إثباتاً للولد.

ولو قيل له: هل بعت زيداً الدار، فقال: ما كنت أعلم أنه سىء المعامله ولو كنت أعلم ما تقدمت إليه بشىء، كان اعترافاً بالمعامله.

إلى غير ذلک من الظواهر.

مسأله ۶ الإقرار بما لا يظلم صاحب الحق

(مسأله ۶): قال فى الشرائع: (لو أقر لميت بمال وقال: لا وارث له غير هذا، ألزم التسليم إليه).

أقول: مقتضى القاعده أنه إن كان ديناً أو عيناً على نحو الكلى فى المعين لم يكن به بأس، بل فى الجواهر بلا خلاف ولا إشكال.

أما إقراره فإنه مشمول لإقرار العقلاء على أنفسهم جائز، وأما إعطاؤه فلأنه مال الناس إذا لم يقدر على الإيصال إليه وجب أن يوصله إلى وارثه، بل وكذلك إذا أقر لحى لكن لا يمكن الوصول إليه لجنون أو غيبه أو ما أشبه، سلمه إلى وليه أو وكيله أو الحاكم الشرعى، لأنه ولى من لا ولى له.

أما إذا كان من قبيل المعين والمشاع والكلى إذا انحصر فى قدر الحق، فهل له حق إعطائه لذلك الوارث الذى يدعى أنه لا وارث سواه، اختلفوا فيه ــ فى المعين ــ، فعن المبسوط والجامع والتذكره وظاهر المحقق ووكاله القواعد، بل عن مجمع البرهان أنه المشهور، وعن التحرير الإجماع عليه، أنه يلزم أن يسلم.

واستدل له: بأنه إقرار بأن هذا لهذا، ولأنه مخاطب بإيصال الحق إلى أهله، فيلزم بما هو تكليفه، لأن المال فى يده.

خلافاً للمحكى عن الفخر والكركى وثانى الشهيدين، حيث قالوا بأنه لا يلزم بالتسليم إلّا بعد البحث الذى يحصل معه اليأس من الوارث، فإن إقراره بأن وارث الميت فلان ليس إقراراً على نفسه، ففى الدين حيث لا يضر الغير، وكذلك فى الكلى فى المعين حيث ليس ملك الغير مشخصاً فى هذا، لا يتضرر الوارث الآخر لو كان، بالتسليم إلى من يدعيه وارثاً، فإذا جاء أخذ حصته.

أما فى المعين والمشترك، فإن إعطاء حق الوارث الآخر إلى غيره ليس بجائز، وهذا إنما يتم إذا لم يكن الوارث الذى يريد إعطاء المعين له ولياً لوارث آخر لو كان، كما إذا قال: إن المال للزوجه الميته، ولها زوج وولد صغير

احتمالاً، حيث إنه على كلا التقـديرين يصـح تسـليم كل المال للزوج، لأنه إما له وحده، أو له ولولده الصـغير الذى يصح تسـليم ماله إلى أبيه.

أقول: الظاهر أنه إذا لم يكن مـدع للمقر جاز له التسـليم لأنه تكليفه، أما إذا كان له مـدع، سواء كان المدعى الحاكم أو غيره من بـاب القربه أو من بـاب النهى عن المنكر مثلاًـ صـار من بـاب التنـازع، كمـا إذا مـاتت الأـم ويريـد تسـليم كـل مالها إلى الزوج، وأقرباؤهـا يـدعون أن لهـا ولـداً كبيراً، فربع العين فقـط للزوج، فـإن المـدعى لاـ يلزم أن يكون صـاحب الحق، بـل قـد يكون هو صاحب الحق أيضاً كما إذا كان المدعى يدعى ولايته على طفل ينكر من بيده المال أن هناك للميت طفلًا، أو ينكر أن المدعى ولى للطفل أو ما أشبه ذلك.

ثم إن الـذى بيـده المـال لو علم بوارثين مثلًا، أحـدهما قاتل لا يرث أو نحو ذلك، يصـح له أن يقر بأن المال لهـذا الوارث فقط بـدون أن يـذكر الوارثين، إذ لاـ يلزم ذلك، بل الظاهر أنه لو أقر بما يوجب سـلب الحق عن صاحبه كان ضامناً، لأنه سـبب فوت الأمانه على صاحبها، كما إذا أقر بأن مال زيـد عنـده بما يلزم اغتصاب الغاصب إياه حيث إنه عـدو صاحب المال، فإذا علم بماله غصبه.

ثم إن مثـل المعين الكلى فى المعين إذا انحصـر فى حق الميت، لأنه يتعين بـذلك أيضاً، كما فى بيع طن من أطنان قصب، حيث يحترق إلاّ طن واحد، فإنه يكون لزيد معيناً، كما تقدم.

قال فى الشرائع: (ولو قال: له على ألف إذا جاء رأس الشهر، لزمه الألف، وكذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر فله على ألف).

أقول: لظهور ذلك فى أنه مدين يلزمه الوفاء ذلك الوقت، أو أنه يجب عليه حينذاك لنذر يتحقق متعلقه فى ذلك الوقت مثلًا.

أما احتمال أنه وعد فلا يلزم الوفاء به فهو خلاف الظاهر، بل إنه مثل:

له على ألف، حيث يحتمل أنه وعد وليس بدين.

وقد تقدم أن الحكم كذلك فى غير المقطوع به، مثل إن قدم زيد فله على ألف، للظهور المذكور.

ومنه يعلم أن تفصيل التبصره باللزوم فى الأول دون الثانى غير ظاهر الوجه.

كما أن تفصيل التحرير بين المقدم والمؤخر، حيث قال عند بيان بطلان الإقرار بالمعلق: (وكذا إن قال: إن قدم زيد أو رضى أو شهد أو إذا جاء رأس الشهر فلك على كذا. ولو قال: لك على كذا إذا جاء رأس الشهر لزمه) محل نظر.

وكأن الشرائع أشار إلى مثل هذا التفصيل بعد عبارته السابقه، حيث قال: ومنهم من فرق وليس شيئاً، وهذا مثل تفريقهم بين قول الزوج لزوجته عند العقد: أنت وكيلى فإذا غبت ولم أنفق سته أشهر فى طلاق نفسك، أو أن غبت ولم أنفق فأنت وكيلى، حيث قالوا بصحه الأول لأنه ليس تعليقاً فى الوكاله، بينما لا يصح الثانى لأنه تعليق فيها.

ولذا قال الجواهر فى رد التحرير: إذ فيه ما لا يخفى من أنه لا فرق فى اللغه والعرف بين تقدم الشرط وتأخره، وأن الشرط وإن تأخر لفظاً فهو متقدم معنىً وله صدر الكلام.

ثم الظاهر أن اللازم إعطاءه الألف عند الأجل الذى ذكره، لأنه الذى اعترف به، خلافاً للمحكى عن أبى على والمبسوط والسرائر وجامع الشرائع والإرشاد وشرحه والإيضاح، حيث قالوا بأنه حال لتوقف التأجيل على ما يقتضى الأصل خلافه.

وفيه: إنه لم يعترف إلاّ بذلك فكيف يكون حالاً، ولا مجال للأصل مع وجود اللفظ، ولذا ذهب الأكثر ــ كما فى المسالك ــ إلى عدم الحلول إلاّ وقت الأجل، بل عن جامع المقاصد أن عليه الفتوى.

ولو قال: له على ألف يوم القيامه أو بعد ألف سنه أو حينما يلج الجمل فى سم الخياط، كان باطلاً، إذ الأولان خارجان

عن أدله الإقرار بالانصراف، والثالث بالإضافه إلى ذلك مستحيل، والمعلق على المستحيل مستحيل.

ولو فصل بين الشرط والكلام مقدماً أو مؤخراً، كما لو قال: له على ألف، ثم بعد يوم قال: عند مجىء الشهر، أو بالعكس، فالظاهر وجوب الإعطاء حالاً، لعدم تقيد الكلام بالشرط المنفصل عنه بمثل هذا القدر، فيؤخذ بإقراره ويبطل وقته، فهو كما إذا قال المستثنى منه هذا اليوم، والمستثنى غداً، حيث يلزم بالكل بدون الاستثناء.

نعم إذا جاء بلفظ الاستثناء متصلاً وأخرّ المستثنى كان مقتضى القاعده، لأن اللفظ جعله مجملاً، فالمرجع فى تعيينه المقر، كما إذا قال اليوم: له على ألف إلّا، ثم قال غداً: درهماً.

وكذا لو وصفه متأخراً مع انفصال الوصف فلا وصف، أو اتصال بعضه ففيه الوصف، فالأول كما إذا قال: له عندى منّ من الحنطه، ثم بعد يوم قال: المخلوط بالتراب، مما لا يشمله الإطلاق، وإلا فلا فرق بين المتصل والمنفصل، والثانى كما إذا قال: له عندى منّ من الحنطه المتصفه، ثم بعد يوم قال: بالمخلوطه بالتراب.

ثم إن الفقهاء قد أطالوا الكلام فى مسأله شرط التأجيل، فمن شاء التفصيل فليرجع إلى المفصلات، والله سبحانه العالم.

ص:٢٨١

مسأله ۷ لو قال: كان له على

(مسأله ۷): لا۔ يجوز الإقرار بحق يلزمه باطل ولا بالعكس، كما إذا كان لزيـد عنـده مال معين، أو مشترك، أو كلى فى معين، لم يبق إلّا بقـدر مال زيـد، وقـد مات وهو يعلم أنه قـد تبنى ولداً لا يعرف أنه ليس من صـلبه، فإذا اعترف أن زيداً كان يملك هذا المال شاركه المتبنى، إذ أن مثل هذا الإقرار إضاعه لمال الورثه.

أمـا إذا كـان المـال دينـاً فى ذمته، أو كلياً فى معين، إذا أعطى مـا اعترف وشارك المتبنى الورثه يبقى من الكلى ما يفى به حق الورثه مما استوفى بقدره المتبنى أو ما أشبه ذلك، جاز الاعتراف، لأنه لا يخرج من كيس الورثه، بل كان دفع بعض حق الميت.

مثلا۔ إذا كـان له ولـد وآخر متبنى، واعترف بـأن للميت عليه ديناراً وأعطاه مما أخـذ نصـفه المتبنى كان عليه إعطاء نصف دينار آخر إلى الولد الذى حرم من نصف حقه.

أمـا إذا لم يلزم من إقراره الباطل لم يكن به بأس، كما إذا كان الوارث يحرم أخاه ظاهراً عن إرثه باستيلائه هو على كل ما يعطيه المقر، فتأمل.

ولو كـان إقرار بباطـل يلزمه الحق حرم من حيث الإـقرار، إلا۔ إذا كـان له ما يبرره، وإن كان اللازم لا يوجب باطلًا، كما إذا نفى الزواج بامرأه تريد إلصاق ولد به يعلم أنه ليس بولده مع أنها كانت زوجته فطلقها فراراً، ثم يقول: لم تكن زوجتى.

ثم إنه لوقال: ملكت هذه الدار من فلان أو غصبتها منه أو قبضتها منه، ففى الشرائع: إنه إقرار له بالدار.

وفى الجواهر: (بلا۔ خلاف أجـده بين من تعرض له ولا إشـكال، إلّا ما يحكى عن التـذكره من الحكم بـذلك على إشـكال، ولا ريب فى ضعفه، ضروره ظهور العباره فى انتقال الملك منه إليه، كظهور الأخيرين فى كونها فى يده) انتهى.

ومثله ما لو قال: وهبنى، أو صالحنى، أو جعلها جعلًا لى، أو ورثت منه،

أو ما أشبه، فإنه إن ادعى هو أو وارثه خلاف ما قال، بأن قال: كلا لم أملكه أو لم أهبه أو ما أشبه، أو قال الوارث: ليس هذا بوارث، كان المقر مدعياً يجب عليه الإثبات.

ولوقال: إنى ورثته وأنا أخوه حال كونه مخالفاً، حيث يعطى المخالف الأخ مع الولد، وبعد ذلك تشيعنا، فإن أثبت ذلك كان الحق معه، إذ لو تشيع لم ينقلب الحق الذى صار له ـ بقانون الإلزام ـ إلى ضده، فهو كما إذا تشيع وقد باع ما لا يستحل عند الشيعه كالحيتان المحرمه، فإنه لا يكلف بإرجاع الثمن إلى صاحبه، فإن (ألزموهم) يستصحب بعد التبصر، كما أن (الإسلام يجب) يقتضى عدم التعرض بالكافر بالنسبه إلى ما قبل إيمانه.

ولوقال: تملكنا على يده، فالظاهر أنه ليس إقراراً بأنه كان ملكه، كما أفتى بذلك الشرائع والمسالك والجواهر، لأن ظاهر هذا الكلام لا يقتضى إلّا جريان سبب الملك على يده، وهو أعم من صدوره منه، فلا يدل على كونه مالكاً، بل احتمل كونه وكيلاً مثلاً، فهو مثل ما إذا قال: باعنى، حيث لا يدل على أنه كان ملك البائع، لتعارف بيع الوكلاء.

وكذا إذا قال: اشتراه منى، فإنه ليس إقراراً بأنه كان شراءً لنفسه، لتعارف اشتراء الوكلاء.

قال فى الشرائع: ولو قال: (كان لفلان على ألف، لزمه الإقرار، لأنه إخبار عن تقدم الاستحقاق، فلا تقبل دعواه فى السقوط)، خلافاً لما يحكى عن يحيى بن سعيد، فلم يجعله إقراراً، وعن المبسوط من احتماله العدم، ولعله لأن كان دال ثبوته وزواله.

وفيه: إنه لو صرح بذلك فقال: طلبنى البارحه وزال طلبه، لم ينفع، لأنه ادعاء بعد إقرار، ولا فرق فى جمعهما فى جملتين أو جمله.

ومنه يعلم أنه لو قال له قائل: هل يطلبك زيد، فقال: زال طلبه، كان إقراراً،

بـل وكـذلك إذا ذكر اللازم المفهم عرفاً، كما إذا سأله هل طلقت زوجتك، فقال: هى أصـرت على ذلك، أو سأله هل اشتريت دار فلاـن، فقـال: إنى مـا كنت أعلم أنه سـىء المعـامله إلى هـذا الحـد، ولـذا كـان الشـيخ والفاضـل والكركى وثانى الشـهيدين والأردبيلى والجواهر ــ على ما حكى عن بعضهم ــ جعلوا مفروض الشرائع إقراراً.

ولو قال له قائل: يطلبك زيد ديناراً، فأجاب إنه سـيطلبنى غداً، لم يكن إقراراً، لاحتمال أنه يريد أن يستقرض منه، لا أنه نذر مثلا نـذراً يقضـى بطلبه منه غـداً، فهو مثـل سوف لاـ تكون بينى وبين زوجتى علقه، أو مثل أنه سأقتله غـداً، حيث لا يعـد ذلك إقراراً بالبينونه غداً، ولا بأنه قتله لو وجد قتيلاً.

نعم إنه فى الثانى لوث يحتكم فيه إلى القسامه، والله العالم.

ص:۲۸۴

مسأله ۸ لو أقر مجهولا، ألزم التفسير

(مسأله ۸): لا إشكال ولا خلاف فی صحه الإقرار بالمبهم فی الجمله، بل الظاهر أن علیه الضروره والسیره القطعیه وبناء العقلاء، وقد ادعی فی التذکره الإجماع علیه، وعموم (إقرار العقلاء) ونحوه شامل له.

قال فی المسالک: (ربما کان فی ذمه الإنسان شیء لا یعلم قدره، فلا بد من الإخبار عنه لیتواطأ هو وصاحبه علی الصلح بما یتفقان علیه، فدعت الحاجه واقتضت الحکمه سماع الإقرار المجمل کما سمع المفصل).

وتبعه الجواهر فی الاستدلال المذکور.

ثم قد یکون المقر مجهولاً عند نفس المقر، وقد یکون عند الحاکم، مثلاً قد یقولان: أحدنا قتل هذا القتیل، حیث رمیا صیداً فأرداه أحدهما قتیلاً، أو یقولان: لا نعلم هل قتله کلانا أو أحدنا.

وأما عند الحاکم، فکما إذا أقر أحدهما ثم إنکر کلاهما أو ماتا مثلاً والحاکم شاک فی أن أیهما أقر، أو یقول الرجلان: أبونا زوّجها من أحدنا، أو تقول الأختان: زوّج الرجل بأحدنا، إلی غیر ذلک من الأمثله التی یکون المقر مجهولاً، مع وجود مقر فی الجمله.

ولا إشکال فی أنه إذا کان علم إجمالی له أثر اتبع، کما إذا علم الحاکم بأن أحدهما القاتل، فإن له أن یسجنهما حتی یتبین الأمر، کما ذکرناه فی کتاب القضاء والشهادات.

وقد ورد فی خبر: إن الرسول (صلی الله علیه وآله) کان یسجن فی مورد الإبهام سته أیام[(۱)].

وقد ذکر بعضهم أنه لا یجوز أن یقتدی أحدهما بالآخر فی واجدی المنی، أو یحمل أحدهما الآخر فی الطواف لحصول العلم التفصیلی ببطلان صلاته إما لبطلان صلاه نفسه أو إمامه، وحرمه طوافه إما لنفسه وإما لحامله، حیث لا یجوز التسبیب لدخول المسجد.

ومثله إذا استأجرهما لکنس المسجد، أو

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۱۸۱ الباب ۱۱ من أبواب کیفیه القضاء ح۱ و ۲

زوج لهذا وذاک أختی المشکوکه أنها لأیهما، حیث یعلم بأنه زواج أختین لإنسان واحد، إلی غیر ذلک.

وإن لم یکن علم إجمالی لم یکن علی أیهما شیء، کما إذا أقرا بأن أحدهما زنی أو لاط، إذ لا یترتب علی ذلک أثر شرعی، وکذلک إذا اشتکی أن أحدهما ضربه مثلاً، حیث لا یمکن ضرب کلیهما ولا أحدهما.

وأما إذا اشتکی أن أحدهما مدیون له، أمکن توزیع الحق بینهما من باب قاعده العدل.

وعلی کل حال، فباب الإقرار وباب الدعوی من قبیل واحد، فإذا قال: له علی مال، صح وألزم التفسیر إن کان یعرفه، وإلا فلو قال: لا أعلم، ولم یعلم الحاکم أنه کاذب فی ادعائه عدم العلم، فإن القول قوله بیمینه، إذا طلبه المقر له أو ولیه کوکیله والأب والجد والمتولی للوقف وما أشبه، لکن طلب الیمین إذا کان الحاکم أو المقر له یدعی علمه.

أما إذا لم یدعیا علمه فلا، إذ لا وجه للیمین بعد أن معرفته وعدمها لا یعرفان إلاّ من قبله، إلاّ إذا شک فی صدقه.

وفی الحدیث: «المرء أصدق علی نفسه»((١)).

وأولی بعدم الیمین ما إذا علم المقر له ونحوه أن المقر لا یعلم، إذ لا مجال لإحلافه، فإذا أبی أن یُعلم بقدر المال والحاکم یعلم أنه یعلم، فإن لم یکن فی عدم إقراره تضییع للحق ترک وشأنه، کما إذا علم أن المال المقر به دون المائه واستعد المقر لأن یعطی مائه فلا کلام.

أما إذا لم یستعد، فالظاهر أنه یحق للحاکم حبسه حتی یقر بالقدر، لأنه

١- الوسائل: ج١۶ ص١١١ الباب ٣ من أبواب الإقرار ح١

يتوقف على ذلك إنقاذ الحق، وقد ذكرنا فى كتاب القضاء وغيره حق الحاكم فى الحبس، تبعاً لجماعه من الفقهاء فى أمثال المقام، بل وذكرنا هناك عدم بعد حق الحاكم فى التأديب بغير الحبس من باب النهى عن المنكر، وللمناط فى استخراج على (عليه السلام) جمله من القضايا بوسائل شتى.

ثم إن ادعى عدم العلم بالقدر، وقبل منه بحلف أو بدونه، فللازم أن يدفع أقل ما يصدق عليه إقراره المجمل.

قال فى الجواهر: فإن امتنع مع قدرته عليه حبس وفاقاً للمشهور، ثم ضعّف القول بعدم حبسه.

أقول: ومثله ما لو أقر بالمردد، مثل أحد هذين الكتابين لزيد، ثم لو امتنع عن تسليم أيهما ولو الأقل فى غير المباين، مثل ما إذا قال: يطلبنى دينار أو درهم ألزم.

أما فى المتباين فاللازم _ بعد جهله بأنه أيهما _ إجراء قاعده العدل، للعلم بأن أحدهما لهذا والآخر لذاك، فهل تصل نوبه الحبس ابتداءً أو بعد عجز الحاكم عن الإنقاذ من يده، الظاهر الثانى، لأن الحبس ضروره _ لأنه تصرف فى نفس الغير، فينفيه تسلط الناس على أنفسهم(١) _ والضرورات تقدر بقدرها.

ثم لو مات المقر قبل التفسير أوجن، أو لم يمكن استفساره لأنه سجن أو ضل أو أبعد أو ما أشبه، فعن التحرير والدروس فسر الوارث، وعن القواعد وغيرها طولب الورثه إن خلف تركه.

قال فى الجواهر: والشرط مراد الأولين قطعاً، ضروره عدم وجوب القضاء إذا لم تكن تركه قطعاً.

١- بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٢ ط مؤسسه الوفاء

أقول: ويمكن أن يكون مرادهما الإطلاق، إذ من الممكن لزوم التفسير وإن لم يكن له مال، كما إذا أريد دفع دينه من حق الغارمين أو ما أشبه ذلك.

ولو ادعى المقر له على المقر أو الوارث أنه أراد بالمال خلاف ما فسره، وكذا إذا ادعى وارث المقر له، توجه إليه اليمين، لأنه مدع، وحيث لا بينه فعلى طرفه اليمين.

ويمكن أن يكون اليمين على العلم، أو على نفى العلم، كما إذا ادعى المقر أنه نسى ما كان قصده حين الإقرار لطول العهد، أو لأنه رجل كثير النسيان.

ومنه علم الصور الأربع: ادعاء المقر له، أو وارثه، على المقر، أو وارثه.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام الجواهر، حيث قال بأن يمين الوارث على نفى العلم.

كما ظهر وجه النظر فى كلام القواعد، حيث حكى عنه عدم سماع الدعوى إذا كانت على المقر، لأنه أدرى بما أراد، فإنه يقتضى تصديقه بيمينه لا عدم سماع الدعوى عليه، كما أشار إليه الجواهر.

ولو قال: يطلبنى إنسان شيئاً، فادعى أحد أنه ذلك الإنسان أعطاه، وإلا حلف بأنه ليس ذاك إذا لم يكن للمدعى بينه.

وإن قال: أنا مطلوب بشىء، حق له أن يفسره بقضاء الصلاه، لأنه طلب لله سبحانه.

ولو قال: فعلت ما استحق الحد، لم يجبره الحاكم بأن يفسر، إذ لا دليل على الجبر، بالإضافه إلى أنه لعله ما لا يثبت بالإقرار مره.

كما أن فى الإقرار المذكور يحق له أن يفسره بأن نذر عملًا أو أنه مديون لموقوفه أو ما أشبه ذلك.

ولو قال: أنا مدين لزيد أو عمر، سمع إقراره وأجبر على التعيين، فإن لم يقدر على التعيين لموت أوما أشبه، أو قال: لا أعلم، قسم الشىء بينهما حسب قاعده العدل.

ولو قال: أنا مدين إما لزيد بثلاثه دنانير أو لعمرو بدينار، فهل القاعده إعطاء ثلاثه أرباع الدينار للأول وربعه للثانى، لقاعده العدل بعد أصاله البراءه

عن الأزيد من دينار، أو أن العلم الإجمالى يقتضى إعطاءهما لهما للقطع بأن برئت ذمته، الظاهر الأول، وإن احتمل الثانى، لأنه مثل قطع أن نذر إما ثلاثه أيام صيام فى رجب أو يوماً فى شعبان.

ثم لو قال: له على مال، ثم فسره بما يتمول مثل كتاب وقلم ونحوهما قبل ولو كان قليلًا، كما عن المبسوط وفى الشرائع، وفى الجواهر بلا إشكال ولا خلاف للصدق، وعن التذكره الإجماع عليه.

أما إذا فسره بما لم تجر العاده بتموله كقشر الجوزه أو اللوزه لم يقبل كما فى الشرائع، وفى الجواهر بغير خلاف أجده إلّا من الفاضل فى محكى تذكرته، فقبله لأن المال أعم من غير المتمول، إذ كل غير متمول مال ولا ينعكس.

أقول: لعلهما نظرا إلى العرف عندهما، فإن فى بعض الأعراف يصدق المال على مثل القشر للانتفاع به، بل فى بعض الأعراف هما مال بخلاف بعض الأعراف، وكذا إذا فسره بالتراب حيث له ماليه أو لا ماليه له، إلى غير ذلك من الأمثله، وعليه فهذا هو المعيار.

ولو قال فى الشتاء حيث لا ـ قيمه للثلج، أو على النهر حيث لا ـ قيمه للماء، أو فى الغابه المليئه بالفواكه: له على ثلج، أو ماء، أو فاكهه، قبل، لأن عدم القيمه هنا لا يسقط ما عليه، كما إذا غصبه ثلجاً فى الصيف وجاء الشتاء فإنه لا يسقط ما فى ذمته بتوفر الثلج وعدم قيمه الآن، وكذا إذا غصبه ماءً وذهبا إلى النهر فإنه لا يسقط ما بذمته، وحينئذ لا يكفى أن يعطيه ثلجاً أوماءً أو فاكههً، بل اللازم إعطاؤه قيمه ما غصب، لأن «على اليد» إذا عرض على العرف لا يفهم منه فى مثل المقام إلّا القيمه.

كما إذا غصب منه مائه دينار ملكى فسقطت الملكيه وجاءت الجمهوريه، حيث لا قيمه للدينار إطلاقاً، فإنه لا حق له فى إعطائه عين ما غصبه.

بل وكذا الحال إذا تنزلت

القيمه تنزلاً لا يرى العرف أنه مثله، كما إذا غصبه الثلج فى عين الصيف فأراد أن يرده ــ ولو عينه الذى احتفظ به فى الثلاجه ــ فى آخر الصيف، حيث إن قيمته تنزلت إلى العُشر مثلاً، وقد ذكرنا تفصيلاً حول التضخم والتنزل فى (فقه الاقتصاد).

قال فى الشرائع: (ولا يقبل لو فسر المسلم بما لا يملكه ولا ينتفع به كالخمر والخنزير وجلد الميته، لأنه لا يعد مالاً، وكذا لو فسره بما لا ينتفع ولا يملك كالسرجين النجس والكلب العقور).

أقول: قد ينتفع بالخمر فى جعلها دواءً حلالاً للاضطرار، وبالخنزير حيث يجعل جلده سقاءً وشعره حبلاً، بل وهو مدرباً لافتراس الحيوانات المؤذيه كالثعلب ونحوه، وهذا يصح الإقرار به، إذ لا منع من الشرع فيه، سواء كان الطرفان مسلمين أو كافرين أو مختلفين.

وعليه يلزم أن يقيد كلام الشرائع به، وإلّا أشكل عليه إذ لا دليل على لزوم كونه مالاً بالمعنى الأخص، إلّا إذا تمسك بالانصراف إلى غير هذه الأمور.

ومنه يظهر أن تعليل الجواهر له بأن شيئاً منها لا يعدّ مالاً عرفاً ولا شرعاً، فضلاً عن ثبوتهما فى ذمه له، غير ظاهر الوجه فى إطلاقه.

ولعله لذا قال الكركى: فى إقرار المسلم للمسلم بالخمر إشكال، أقربه عدم القبول، فلم يجزم من البدء بعدم الصحه، أما إذا أقر له بالخمر المحترمه فلا ينبغى الإشكال فى الصحه لأنها إنما يحرم شربها فى حاله الخمر وإلّا فهى محترمه فلا يحق لأحد أن يسكبها ويتلفها.

وقول الجواهر كون المستفاد من أدله الخمر والميته والخنزير خلاف ذلك وأنها لا تدخل فى ملك المسلم أبداً، غير ظاهر الوجه.

أولا: لأنه لاحاجه إلى الاعتراف بأنها ملك حتى يصح الإقرار بها، لعدم التلازم، فإن إقرار العقلاء يشمل الأعم من الملك، كما إذا أقر بالحق، كما إذا قالت

المرأه: إن هذه الليله حق ضرتى، حيث لا حق لها بعد ذلك فى مطالبه الزوج بتلك الليله.

وثانياً: إن القول بعدم الملك للخمر المحترمه خلاف الاستصحاب، كيف ولو قيل بذلك لزم أن يكون الخروج والدخول فى ملك الإنسان بغير أسباب الخروج والدخول المعروفه، فإن كثيراً من أقسام الخل يمر بحاله الخمريه ثم يرجع، على ما يشهد به التجربه وأهل الخبره، فقول الجواهر: إنها تخرج عن ملكه ولكن تبقى محترمه ثم تدخل فى ملكه بالخليه باعتبار يده واستيلائه، خلاف الاستصحاب، بل لا دليل على أن مثل هذه الخمر أيضاً تخرج من الملك، فإن أدله الخروج منصرفه عن مثل هذا.

وكذا حال الخنزير، فإذا كان المسلم تحت لواء الكفار فى بلادهم، والكافر يريد منه كل سنه كذا قدراً من المال، وكان يقتنع بإعطائه الخمر والخنزير، لم يكن دليل على عدم جواز إعطائه أياهما، فإن أدله التحريم لا تشمل مثل ذلك، فإذا كان له ذلك وأقر بأن فلاناً يطلبه كذا منهما شمله إقرار العقلاء، كما إذا استقرضهما منه لإعطاء الكافر ليعطى بدلهما له بعد شهر مثلاً، فيقر له بأنه يطلبهما منه مثلاً.

ولو أقر له بالخنزير، واحتمل إرادته البحرى، أخذ من تركته، حملاً لقول المسلم على الصحيح إذا لم يكن منصرفاً، وإلاّ فلا، لأن الظواهر يؤخذ بها فى باب الأقارير والوصايا ونحوهما.

وإذا كان المقر والمقر له كافراً أخذ بإقراره فى الخمر والخنزير، لأنهما يستحلان لهما، فلا وجه لعدم قبولهما، فإن مقتضى (ألزموهم) يشمل ذلك، وكذلك بالنسبه إلى المخالف المستحل للكلب من جهه الأكل، لقاعده الإلزام، وكذلك المستحل للفقاع شرباً، وكذا حال الميته عندنا لا عندهما.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام الدروس، حيث قال: لو أقر بجلد الميته

للمستحل فالأقرب الصحه، ويشكل بأنه لا يعد مالاً شرعاً، ولا عبره باعتقاد المقر له لفساده، ولا يرده الإقرار بالخمر ولا الخنزير للذمى، لأنه يقر فى شرع الإسلام على اعتقاده فيهما إذا لم يتظاهر.

نعم، لو فسر بجلد الميته بعد الدبغ، وكان المقر له ممن يعتقد طهارته لم يبعد القبول، لأنه من جمله أمواله.

وفيه أولاً: إنه إذا تظاهر لم يسبب ذلك عدم صحه الإقرار به.

وثانياً: لا وجه للفرق بينهما وبين الجلد. ولذا تنظر فيه الجواهر، لضروره اشتراك الجميع فى عدم الماليه واقعاً، انتهى. وإن كان قد عرفت أنه مال عندهم والشارع قررهم.

وثالثاً: لا فرق بعد الدبغ وقبله، لأن صلاحيته للدبغ يجعله مالاً عندهم، وكفى بذلك فى صحه الإقرار.

ومما تقدم ظهر أنه لو اعترفت الفتاه المجوسيه بأنها زوجه أبيها أو أخيها يقبل، فلا يجوز عقدها بعد ذلك لغيره، وكذلك إذا اعترف من مذهبه الثلاث فى مجلس بأنه طلقها ثلاثاً فى مجلس، لم يجز عقدها له بعد ذلك، وإن صح بالنسبه إلى الشيعى.

نعم عندنا قُبل طلاقاً واحداً، لأنه من الإقرار بما يصح وما لا يصح.

والحاصل: كل يؤخذ بمعتقده مما يسرى إلى إقراره.

وكذا إذا اعترف من يكتفى بعشر رضعات فى التحريم بأنها أخته رضاعةً، لم يجز عقدها له لأخذه بإقراره، بخلاف من لا يكتفى إلاّ بخمس عشره، إلى غير ذلك.

وقد تبين من مسألتى كونهما كافرين أو مسلمين، ما إذا كان أحدهما كافراً والآخر مسلماً، كما إذا اعترف مسلم بأن الكافر يطلبه خنزيراً فيما يصح إعطاؤه

له، أو الكافر بأن المسلم يطلبه ذلك، حيث يريد المسلم إعطاءه للكافر، أو ما أشبه ذلك من الصور المحلله كما تقدم، قُبل الاقرار، لإطلاق (إقرار العقلاء) بدون محذر له فى المقام.

ثم إنه ظهر مما تقدم أن المخالف إذا طلق الشيعيه بدون عدل صح لها أن تتزوج، لقاعده الإلزام((١))، بل لا يبعد جواز نكاح المخالفه إذا طلقها الشيعى بدون عدل لاعتقادها صحه ذلك، فيؤخذ بقاعده الإلزام بالنسبه إليها.

وإذا طلق المخالف ثلاثاً ثم تشيع، لم يصح له أخذها، لأن الحكم ثبت عليه فلا يرد، كما أنه إذا طلق بدون عدل ثم تشيع لم يجز له الرجوع إليها باعتبار أنها زوجته، وإلا صح له ذلك وإن تزوجت، وهذا مما لا يقول به أحد، وحيث لا يمكن التفصيل بين أن تزوجت أو لا، يلزم نفوذ الحكم عليها مطلقاً.

أما قصه العلامه وخدا بنده، فالظاهر أنه كان اجتهاداً من العلامه (رحمه الله)، فتأمل.

ثم لا ـ يخفى أنه إنما يقبل تفسيره بما ذكره إذا قال: له على مال، وكان ما ذكره مالاً، أما إذا لم يكن مالاً، فإن كان الاعتراف بما يصح الانطباق عليه كالحق ونحوه صح تفسيره بما ينطبق عليه وإن لم يكن مالاً، وإلّا لم يصح.

ومنه يعرف الكلام فيما إذا أقر مبهماً ثم فسره بما ينتفع به ولا يملك، كالسرجين النجس والكلب العقور أو بكلب الماشيه أو الصيد أو الزرع أو الإجرام أو الحائط أو الجرو القابل للتعليم.

بل وكذا الكلب الهراش والهره والفاره، كما إذا أعلنت الدوله أنها تشترى المذكورات، لأن قصدها إفناءها، فإذا اعترف بأن له عليه شيئاً مثلاً، أو

١- الوسائل: ج١٧ ص٤٨٥ الباب ۴ من أبواب ميراث الأخوه ح٢ و ۵

مالاً وفسره بما ذكر، أو بالكلاب الخمس قبل.

وكذا إذا فسره بالدم والعسيب وسائر النجاسات التى ينتفع بها.

قال فى الشرائع: ولو فسره (أى له علىّ مال) برد السلام لم يقبل، لأنه لم تجر العاده بالإخبار عن ثبوت مثله فى الذمه، وكأنه أراد بالمال الأعم وإلاّ لم يكن وجه للتعليل المذكور، ولذا قال فى المسالك: ولو علل المصنف عدم الاجتزاء برد السلام لعدم كونه مالاً، والإقرار إنما كان بالمال لكان أظهر، وتبعه فى ذلك الجواهر.

ومما تقدم يعلم ما لو فسر المال بحق القذف ونحوه مما لا يندرج فى إطلاق المال.

ولو فسره بالوديعه والعاريه والعين المستأجره ومال المضاربه وأرض المزارعه ونخيل المساقاه ونحوها قبل، كما ذكر أولها المسالك، قال: وقال بعضهم: لا يقبل لأنها فى يده لا عليه.

أقول: إن فهم من إقراره أنه فى ذمته لم يقبل، وإن فهم الأعم قبل.

ولو قال: له على مال، وأراد حق الشفعه لم يقبل.

ولو قال: له على فى هذه الدار الربع، أو فى هذه الأرض جريب، أو فى هذه الصبره صاع، أو فى هذا الصندوق دينار، فهل ظاهره الكلى فى المعين، أو المشاع، فإذا تلف بعضه كان منهما على الثانى، ومن المقر على الأول، لا ظهور فى أحدهما عندنا، فإذا كان فى عرف له ظهور فى أحدهما فهو، وإلاّ كان من المبهم الذى يرجع إليه فى تفسيره.

ولو مات ولم يمكن الرجوع إليه فى تفسيره، ولا وارث يعرف ذلك، فالظاهر أن المرجع قاعده العدل، لأن فيه جمعاً بين الحقين بقدر، من دون توجيه الضرر إلى أحدهما، فإذا كان كلياً ذهب التالف من كيس المقر، وإذا كان مشاعاً من كيسهما، فيعطى المقر ما بينهما إلى المقر له، مثلاً إذا قال: له فى

هـذا الكيس دينـار، وكـان فيه دينـاران وتلف أحـدهما، أعطى المقر له ثلاـثه أرباع وللمقر الربع، لأنه إن كان كلياً كان للمقر له دينار، وإن كان مشاعاً كان له نصف دينار، ونصفهما ثلاثه أرباع.

كما أنه إذا كان مشاعاً كان للمقر نصف دينار، وإن كان كلياً لم يكن للمقر شىء، ونصف النصف ربع، وهكذا فى سائر الأمثله.

مسأله ۹ لو أقر بمال جليل أو عظيم

(مسأله ۹): قال فی الشرائع: (لو قال: له علی شیء، ففسره بجلد المیته أو السرجین النجس، قیل: یقبل لأنها شیء، ولو قیل: لا یقبل، لأنه لا یثبت فی الذمه کان حسناً).

أقول: نسب الأول المسالک إلی أحد قولی العلامه، والثانی هو المشهور، بل عن ظاهر المبسوط والتذکره الإجماع علیه، والأقرب الأول حتی فی المسلمین، لما قد عرفت فی المسأله السابقه من أن لهما منافع تجعلها صحیح الاعترف بهما، فإذا کان له حمل من سرجین نجس لبستانه فاقترضه زید صح کما یصح استرجاعه، کما یحرم غصبه، إلی غیر ذلک.

وکذا فی جلد المیته، خصوصاً إذا کان المقر مخالفاً.

ولذا قال فی محکی التذکره: فی التفسیر بالکلب المعلَّم والسرجین إشکال، أقربه القبول لأنها أشیاء یثبت فیها الحق والاختصاص، ویحرم أخذها ویجب ردها.

وعن الدروس احتمال القبول.

ولو قال: له علی شیء، ثم فسره بحبه حنطه أو أرزه أو عوده خلال أوما أشبه، ففی عرفنا انصراف، فلا یقبل، إذ لا حق له فی تفسیر خلاف الظاهر، ولعل عرف التذکره والمسالک کان غیر ذلک، حیث قالا بالقبول.

أما تعلیل الثانی له: بأنه شیء یحرم أخذه وعلی من أخذه رده، ففیه: إن التعلیل لا یثبت الظهور، وإلّا لصح أن یفسره بأن ولد أو زوجه المقر له فی داره، حیث قال: له عندنا شیء، فإن الشیء یطلق علی الإنسان، وحرام أخذهما بدون رضایه الولی، وواجب ردهما.

ولو فسر الشیء الذی یتمول حین أقرّ به، أو المال بما لیس بمال، وادعی بعد ذلک جهله بأنه محرم فی الشریعه الإسلامیه، فالظاهر أنه إن کان الجهل محتملاً فی حقه قبل تفسیره، وإلّا فلا، إذ (إقرار العقلاء) لا یشمله مع الجهل، ولذا کان المحکی عن مجمع البرهان: إنه لا یبعد القبول فی الخنزیر والکلب الذی لا منفعه له أصلاً إذا کان القائل ممن یعتقد جواز الانتفاع

بهما، سواء كان كافراً أو مسلماً، مخالفاً أو موافقاً، مع كونه جاهلاً بمثله.

ولو قال: له على مال جليل أو عظيم أو خطير أو نفيس، ففى الشرائع: قبل تفسيره ولو بالقليل، وفى الجواهر: بلا خلاف أجده إلّا من أبى على فى العظيم، فجعله كالكثير الذى يأتى الكلام فيه.

وفيه نظر، إذ المتبادر من هذه الألفاظ غير ما ذكر.

ومنه يعلم أن تعليل المسالک له بأنه يحتمل أن يريد به عظيم خطره بكفر مستحله ووزر غاصبه، غير ظاهر الوجه، إذ المناط الظهور لا الاحتمال العقلى، فإن الأول مدار الألفاظ، والثانى مدار الأدله العقليه، ولذا قالوا: إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، ولو صحت العله المذكوره جاء ذلک فى جمله مما نفوا صحه تفسيره به، كما إذا قال: (شیء) وفسره بالسلام مثلًا، إذ السلام شیء، بل شیء عظيم ثوابه، وهكذا.

ومنه يعلم بعد ما فى القواعد، قال: (لو قال: مال جزيل أو جليل أو عظيم أو نفيس أو خطير أو عظيم جداً، أو عظيم عظيم، قبل تفسيره بالقليل أيضاً).

والإشكال الذى ذكرناه على المسالک يرد على التعليل المحكى عن التذكره بأنه ليس فى العظيم حد فى الشرع، ولا فى اللغه، ولا فى العرف، إلى آخر كلامه.

وعلى تعليل الجواهر بوجوب الأخذ فى الإقرار بالقدر المتيقن، وبقيام الاحتمال ولا يقين بإراده غير ما فسر به، وعلى تفصيل الجواهر بين ما إذا مات بدون تفسير، وبين ما إذا فسره بالقليل، قال: قد يتوقف فى الحكم به مع تعذر التفسير بموت ونحوه، وإن كان الظاهر ذلک، وكلامهم لا يأباه إذا قصر ما فيه قبوله التفسير بغيره لو حصل فلا ينافى الحكم به حال عدمه، إلى آخره.

إذ الكلام فى الظهور وهو موجود فى كلا الحالين.

نعم لا إشكال فى أن اللفظ المذكور كلى قابل الانطباق على أشياء،

مثل ألف دينار، وعشره الآف درهم، ومائه شاه، ونحوها، فإذا فسره بأحدها قبل.

وإذا مات ولم يعلم مراده، فاللازم على الورثه إعطاؤه ما يصدق عليه اللفظ إذا كان الأمر عندهم مجهولاً مطلقاً.

أما إذا كان مبهماً مردداً بين مائه شاه أو عشرين بقره، فاللازم التصالح، أو قاعده العدل بإعطاء نصف كل واحد، وكذا إذا اعترف به هو وقال: لا أعلم أى الأمرين لأنى نسيت، أو لم أعلم من أول الأمر إلاّ مجملاً، حيث إن وكلائى هم الذين اغتصبوا ماله مما على ضمانه، إلى غير ذلك.

ولو قال المقر له: إنى أعلم بأنه شاه مثلاً، لم ينفع فى إلزامه أو إلزام الورثه إلاّ إذا كان له إثبات شرعى، إذ علم الطالب لا يوجد حقاً على المطلوب كما لا يخفى.

ولو قال: له على كثير، فهل هو ثمانون، كما قال به الشيخ فى خلافه ومبسوطه والغنيه وأبو على والكيدرى والقاضى، بل عن الأول والثالث الإجماع عليه كما فى مفتاح الكرامه، أو حاله حال ما تقدم من لفظ (الجليل) و(العظيم) وغيرهما، كما عن التذكره والتحرير والمختلف والقواعد والإيضاح واللمعه والروضه وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، بل نسب إلى ابن إدريس وغيره، الظاهر الثانى، لأنه مقتضى الأخذ بظاهر الكلام، ولا فرق فيه بين (الكثير) وغيره من الألفاظ المتقدمه.

أما القول الأول: فقد استدل بالإجماع المعلوم عدمه، ورواية النذر، حيث نذرت أم المتوكل إذا عوفى ولدها تعطى مالاً كثيراً، فقال لها الإمام (عليه السلام) بعطاء ثمانين درهماً، وقد نقلنا الروايه فى كتاب الوصيه، فراجعها.

وفيه: إنه إن تم هناك لا يتم هنا.

قال فى الجواهر: الروايه مرسله وموردها خاص بالنذر، وإطلاقها فى الآيه على الثمانين على فرض تسليمها لا يقتضى انحصار أول المصاديق فيها،

ولذا قال فى الشرائع: (ولو قال كثير، قال الشيخ: يكون ثمانين، وربما خصها بعض الأصحاب بموضع الورود).

ثم إنه لا يستبعد أن يكون الإمام (عليه السلام) أراد عدم نفوذ الخليفه، بأن يشتهر أنه ينذر ويفى بنذره، ويكون ذلك سبباً لزياده جاهه عند المتدينين، ولأن نذره كان فى مال الناس وهو باطل، فاللازم قصره على أقل قدر، والمواقف وإن كانت أكثر من ثمانين لكن الإمام (عليه السلام) ذكر الثمانين، لأنه كان فى جملتها، وكان بحيث لم يقتنع علماء عصره بأقل من ذلك، والله سبحانه العالم.

وقد ذكرنا المسأله فى كتاب القضاء وغيره باحتمال آخر.

ثم إنه حيث كان المعيار الرجوع إلى العرف، لا فرق فى ذلك بين العربيه وغيرها، كما أنه لو اختلف عرف المقر والمقر له، فالمرجع عرف الأول، لأنه هو الذى اعترف، وإن كان جواباً، كما إذا سأله المقر له: أليس لى عليك مال كثير، فقال: نعم، لأنه إنما يقول نعم على اصطلاحه لا على اصطلاح المقر له.

ومما تقدم يظهر الكلام فيما إذا قال: كثير كثير، أو عظيم كثير، أوما أشبه، فإن المرجع العرف.

وقد يرى العرف التفاوت بين المفرد والمكرر، كما إذا قال زيد: يطلبنى مالاً كثيراً، وعمرو مالاً كثيراً كثيراً، وقد لا يراه، كما إذا قال: يطلبنى مال كثير كثير فقط، حيث لا مقابله، فلا فرق بين أن يكرر أو لا يكرر.

وكذا الحال فى الاختلاف إذا قابل بين (مال) و(مال)، كما إذا قال: زيد طلبنى مالاً، مع الإشاره إلى علامه التفخيم، حاله حال ما إذا قال: إن له لمالاً، حيث يدل عرفاً على مال كثير، ثم قال: ولكن عمر يطلبنى مالاً، بدون الإشاره إلى التفخيم، فإنه يختلف المالان لمكان الإشاره، إلى غير ذلك من الأمور المحفوفه بالقرائن اللفظيه أو الحاليه.

ولو اختلف وقت الإقرار عما بعده فى

أن المال الكثير مثلًا فى أحدهما غيره فى الآخر اعتبر وقت الإقرار، كما أن مع اختلاف مكان الإقرار عن غيره اعتبر مكانه.

أما إذا حصل التضخم أو التنزل فالمعتبر وقت الإقرار، على إشكال فى الجمله.

مسأله ۱۰ لو اختلف البلاد فی عد البیض ووزنه

(مسأله ۱۰): قال فی الشرائع: (لوقال: له علی أکثر من مال فلان، ألزم بقدره وزیاده).

وقال فی القواعد: (لو قال: أکثرهما لفلان، وفسره بأکثر عدداً أو قدراً ألزم بمثله، ویرجع فی الزیاده إلیه).

وقال فی مفتاح الکرامه: (إنه مقتضی إطلاق المبسوط والجامع والشرائع والتحریر والإرشاد والدروس واللمعه والروضه ومجمع البرهان).

أقول: الأشیاء معدود کالبیض غالباً، وموزون کالأرز، ومذروع کالقماش، وملاحظ فیه غیر ذلک، کدار ذات طابق بالنسبه إلی دار ذات طابقین، أو البستان الأکثر أشجاراً من الأقل أشجاراً، والمصباح الأکثر ضوءاً من غیره، والقماش الأکثر متانه أو الأجمل، إلی غیر ذلک من الاختلاف فی الکیف، وقد تلاحظ القیمه باعتبار وجود تضخم فی بلد دون بلد، مثلاً منّ من الحنطه فی العراق بعشره، وفی إیران بأحد عشر، وقد تلاحظ البرکه باعتبارها ترتبط بالحلال دون الحرام، وفی کل مقام یظهر من الکلام بسبب القرائن المکتنفه به شیء.

وأحیاناً یکون الأمر مبهماً، مثلاً إذا قال: یطلبنی بیض أکثر من بیض فلان، فی بلد یعد فیه البیض یراد به العدد، أما إذا کان فی بلد یوزن فیه البیض یراد الوزن، فإذا فسره بغیر ظاهره لم یقبل، لأنه من قبیل الإنکار بعد الإقرار.

ولذا قال فی القواعد: لو فسره بالبقاء والمنفعه أو البرکه، وکان أقل فی القدر والعدد، ففی سماعه نظر، وقد ذهب إلی منع السماع جماعه کالشیخ والمحققین والشهیدین وغیرهم، کما نقل عن بعضهم، خلافاً لآخرین حیث قالوا یقبل، کما حکی عن التذکره والتحریر والإرشاد والإیضاح والمسالک ومجمع البرهان، معللین بإمکان إراده المجاز، ولاـ یعلم قصده إلاّـ من لفظه، وعن الحواشی القبول مع الیمین، وتوقف

فی محکی الدروس، وقد تقدم الإشکال فی أمثال هذه العلل.

نعم قد یکون اللفظ مبهماً، کما إذا قال: له علی دراهم أجمل من دراهم فلان، فإنه حیث لا یراد الجمال الظاهری لابد وأن یکون مبهماً هل أراد أکثر برکةً أو عدداً.

ولو کان فی بلد یوزن البیض ویعدّ، وقال: أکثر من مال فلان، فهل یراد الوزن أو العدد، الظاهر أنه مجمل ویقبل تفسیره بأیهما فسره.

ولو قال: دار أوسع من دار فلان، فهل یفهم منه أرضاً أو ارتفاعاً، فإن لم یکن عرف کان مجملاً.

ولو قال: حنطه أغلی، فهو یراد بملاحظه التضخم أو بملاحظه الجوده، فیما کان کلاهما محتملاً، کما إذا کانا منتصف بلدین فی أحدهما تضخم، الظاهر أنه أیضاً مجمل.

وکیف کان، فلا إشکال ولا خلاف کما فی الجواهر فی أنه إذا قال: له علی أکثر من مال فلان، یرجع فی تفسیر تلک الزیاده إلی المقر، لأن تلک الزیاده مجهوله، فإن قال شیئاً لا ینافیه ظاهر اللفظ قبل، وإلاّ رد، فإذا قال: له علی أکثر من مال فلان، وکان ماله ألفاً، وفسره بألف وواحد قبل، أما إذا فسره بألف وحبه حنطه أو عوده خلال، لم یقبل لأنه خلاف الظاهر الذی هو معیار الإقرار الملقی إلی العرف کسائر الموضوعات.

فإن قوله (علیه السلام): «إقرار العقلاء»(1)، یلزم أن یحدد إقراره الذی هو موضوع بما یراه العرف.

ومنه یعلم أن ما حکی عن المبسوط من أنه یقبل تفسیرها ولو بحبه حنطه بلا خلاف، بل عن التذکره الاجتزاء بأقل من ذلک، بل عن المسالک التصریح بعدم اعتبار التمول فیها لأنها جزء من المقر به الذی لا یعتبر فی أجزائه ذلک،

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من کتاب الإقرار ح۴

وإنما يشترط التمول فى مجموع المقر به، غير ظاهر الوجه، فإن مثل هذه الكلمات أقرب إلى التدقيق العقلى من الظهور اللفظى.

نعم، إذا كان لفلان مثقال ذهب أو برليان، وكان الأكثريه فى حبه منهما لا بأس، حيث لا يراه العرف منافياً للظاهر.

وإذا شك فى منافاته للظاهر لم يقبل، للزوم الظهور الذى قد شك فيه فرضاً.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامه: إن لا خلاف المبسوط الذى ظاهره نفيه بين المسلمين أبلغ حجه، لأنه أبلغ من دعوى الإجماع([١])، مناقش فيه صغرى وكبرى.

كما أن اكتفاء جامع المقاصد بلزوم التمول فقط فى الزائد غير كاف بعد لزوم اتباع الظهور.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا قال: أزيد، أو أعرض، أو أطول، أو أضخم، أو أمتن، أو أجمل، أو أحسن، أو أفضل أو ما أشبه، من مال فلان، حيث يلزم عرفيه قدر الفضل لا دقيته فقط.

قال فى الشرائع: (ولوقال: كنت أظن ماله عشره، قبل ما بنى عليه إقراره ولو ثبت أن مال فلان يزيد عن ذلك، لأن الإنسان يخبر عن وهمه، والمال قد يخفى على غير صاحبه) انتهى.

ونقل مثله فى الفتوى مفتاح الكرامه عن المبسوط والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان، بل فى الجواهر بلا خلاف أجده بين من تعرض له فى الحكم والتعليل.

أقول: فيه ما لا يخفى، فإنه إذا قبل قوله فى الوهم هنا، فلماذا لا يقبل قوله فى الوهم فى سائر الأماكن، كما إذا قال: له على ألف، ثم قال: لقد نسيت أنى أعطيته، أو قال: إنى أوهمت أنى مطلوب له الحنطه حيث إنى مطلوب له بالشعير، إلى غير ذلك، فإضافه الجواهر على تعليلهم بأصلى البراءه وعدم

١- انظر مفتاح الكرامه: ج٢٢ ص٤٧٢ ط الحديثه

العلم أيضاً غير ظاهر الوجه.

وأشكل منه قوله: (ولا يشكل ذلک بواقعيه اللفظ وتعبديه الإقرار، للعلم بأن طريق الواقع هنا اعتقاده، والمقام هنا مقام إخبار لا إنشاء يكون عنوانه الواقع كيف ماكان) إلى آخر كلامه. إذ كل إقرار إخبار عن الواقع، وطريق الواقع هو اعتقاده.

وكيف كان، فالأقرب أنه لا يقبل دعواه الوهم، ولعل الشيخ وجد دليلاً فأفتى بذلک، وتبعوه اعتماداً عليه، وإلا فمجرد تلک المذكورات وأن المال يخفى غالباً على غير صاحبه ليست كافيه فى الحكم بقبول الإنكار بعد الإقرار.

ولو اختلفا فى أن الخمسه الزائده على العشره مثلًا، حيث كان ماله أولاً عشره ثم أضيف إليه خمسه، هل حصلها بعد إقرار المقر حتى لا يكون على المقر أكثر من عشره، أو قبل إقراره، يأتى مسأله مجهولى التاريخ ومعلوم أحدهما، ولا يكفى فى تحقيق ماله قوله فقط، إذ لا حجيه لقوله، فلو سألناه كم مالک، قال: ألف، لم يثبت ذلک ألفاً وأكثر على المقر، بل اللازم أن يعلم أنه ألف، أو يقوم به حجه كالبينه، اللهم إلاّ أن يقال: إنه ذو يد فقوله حجه.

وكذا لو قال: على شاه أكبر من شاه فلان، فأخبر أن شاته كذا عمرها.

ثم هل اللازم أن يكون المال لفلان شرعاً، أو يكفى استيلاؤه عليه ولو غصباً، الظاهر أن ذلک تبع لقصد المقر، ولو لم يعلم قصده أخذ بالقدر المتيقن، هل يقصد المال الشرعى أم ما كان تحت سلطته، فإن كلا الأمرين متعارف حتى عند المتشرعه، مثلاً يقال لما مات الخليفه الفلانى كان له من المال كذا وكذا، مع وضوح أن المراد ما كان تحت حيازته، لا أمواله المشروعه.

ومنه يعلم ما لو قال: أكثر من مال زيد، وقد غصب منه الغاصب نصف ماله، وأنه هل المراد كل ماله، أو القدر الذى مستول هو عليه الآن.

ولو قال:

له على أكثر من أحدهما، كفى أن يعطى أزيد من أقلهما لصدق الإقرار.

ولو قال: إن ما عليه أزيد أو أقل مما لزيد، جاز أن يفسره بالأقل.

ولوقال: لى عليك ألف دينار، فقال المدعى عليه: بل لك على أكثر من ذلك، لزم أن يعطى أكثر ولو درهماً.

ولو فسره بالأكثر فلوساً أو حب حنطه أو حب دخن، قال فى القواعد: الأقرب عدم القبول.

أقول: وذلك لأنه خلاف الظاهر.

قال فى مفتاح الكرامه: وهو خيره الدروس، لكنه نقل عن التذكره بأنه لا يلزمه أكثر من الألف، بل ولا الألف، لأن لفظه الأكثر مبهمه، لاحتمالها الأكثر فى القدر والعدد.

أقول: وفيه نظر، لأن المتبع الظاهر، والظهور فى الألف دينار، وإلا لانفتح باب التلاعب بالأقارير، وفى المفتاح وجامع المقاصد إسهاب فى الكلام فراجعهما.

ولوقال فى المثال: (أكثر ذلك) لم يلزم الألف، وإنما يلزمه أكثرها، وهو ما زاد على نصفها، كما فى الجواهر.

ولو قال: يطلبنى أقل من الألف، فهل يراعى اللغه حتى يشمل الفلس الواحد، أو العرف حتى يلزم ما يقال له أقل من ألف دينار، الظاهر الثانى، لأنه المعيار فى الظهور.

ولو قال: له على بقدر مال فلان، فلم يعرف كم ماله، جاز له أن يفسره بما أراد، أما إذا لم يمكن تفسيره بأن مات مثلًا، أعطى من تركته بالقدر المتيقن لأصاله عدم الزياده.

مسأله ۱۱ لو قال: أردت بالغصب نفسه

(مسأله ۱۱): قال فی الشرائع: (لو قال: غصبتک شیئاً، وقال: أردت نفسک لم یقبل).

وقال فی الجواهر: (بلا خلاف أجده، لأن الحر لا یغصب، إذ هو علی المشهور الاستیلاء علی مال الغیر عدواناً، ونفسه لیست مالاً) إلی آخره.

وقد أخذه عن المسالک حیث علّله بذلک أیضاً، وهو کذلک، لأن المعیار الظاهر، نعم قد لا یکون ظهور، کما إذا قال: غصب الفتاه الفلانیه، إذ الظاهر غصب نفسها، نعم لا یفید ذلک وحده، لأنه لیس صریحاً فی الزنا، وإن قاله أربع مرات، إلّا أنه یوجب تأدیباً، وکذا إذا قال: غصب الحر الفلانی، فإن ظاهره الاستیلاء علیه بالقوه، وفیه التأدیب، وإن کان محتمل کلامه اللواط وأقر أربع مرات.

وحیث إن الغصب فی الحال الحاضر یطلق علی غصب النفس وغصب المال، کما یطلق علی غصب الحق، فإذا قال: غصبته، وفسره بأحدها قبل للاحتمال، ولذا قال فی القواعد: لو قال: غصبته وفسره بأنه أراد نفسه قبل، وکذا لو قال: غبنته، قال: أردت غبن فکره لا غبن ماله.

أما إذا لم یعلم أنه غصب نفسه أو ماله لم یکن شیء، لأن الإقرار باللواط لا یثبت بمره، وکون المراد غصب المال غیر معلوم، فالعلم الإجمالی لا ینجّز.

ومثله لو قال: غبنته، ولم یعلم إرادته غبن المال أو الرأی، وکذا: منعتُ حقه، ولو یعلم حقه المستحب أو الواجب الذی یقابل بالمال.

ولو قال: قطعت یده أو رجله أو لسانه، وقال: أردت یده عن تناول ما لیس له، ورجله عن داری، ولسانه بالإنعام علیه، قبل لشیوع ذلک حتی أن تفسیره بغیر الجد لیس خلاف الظاهر.

ص:۳۰۶

ولو قال: قتلته، وفسره أنه ضربه ضرباً شديداً، ففى الاصطلاح الحاضر حيث يستعمل فى ذلك كثيراً حتى لا يعد خلاف الظاهر يقبل، ولوشك فالأصل البراءه.

والجامع فى كل ذلك أن المجاز لو كان مشهوراً بحيث كان ظاهراً من اللفظ، وإن كانت الحقيقه أظهر، يقبل التفسير، أما إذا لم يكن كذلك لم يقبل.

ولو قال: أكلت حقه، حق له أن يفسره بالمال وبالحق وبالحكم، مثل جلوسه مكانه فى المسجد، حيث إنه حكم على المشهور لا يقبل عوضاً ولا إرثاً، وإن اشكلنا فيه فى كتاب إحياء الموات، وكذا حقه فى السبق إلى السوق.

ص:٣٠٧

مسأله ۱۲ لو فسره بما لا يتعارف

(مسأله ۱۲): قال فى الشرائع: (الجمع المنكر يحمل على الثلاثه، كقوله: له دراهم أو دنانير).

أقول: إذا تعذر تفسيره بموت ونحوه، وإلاّ ـ استفسر فإن فسر فهو وإلاّ ـ حبس حتى يبين، كما ذكرنا وجهه فى كتاب القضاء، وألمعنا إليه فى بعض المسائل السابقه.

قال فى المسالك: (احترز بالمنكر عما لو كان الجمع معرفاً، فإنه يفيد العموم كما حقق فى الأصول، فربما لا يحمل على الثلاثه، وفيه نظر، لأن العموم هما غير مراد، وليس له حد يوقف عليه، فلا فرق فى الحمل على الثلاثه بين المعرف والمنكر).

أقول: وهو كما ذكره.

ولو جاء بلفظ مشترك بين المفرد والجمع كالفلك، لم يلزمه إلاّ واحد إذا مات مثلاً، ويصح تفسيره به، كما أنه إذا جاء بلفظ مشترك بين التثنيه والجمع كصنوان، صح تفسيره بأيهما، وإن تعذر استفساره لم يلزمه إلاّ اثنان للأصل.

ثم إن كون الجمع أقله اثنان، كما قال به بعض الأصوليين، والفرق بين جمع القله والكثره كما قال به الأدباء، لا يفيد فى المقام، حيث المعيار الظهور العرفى الذى هو فى الأول ثلاثه، وفى الثانى لا فرق بينهما.

ثم إنه لو جاء بالعدد دون الجنس، أو بالعكس، قبل تفسيره بالجنس فى الأول، والعدد فى الثانى، مثلاً قال: له على ثلاثه آلاف، فإنه يقبل إذا فسره بالشاه أو الدرهم أو القلم أو ما أشبه.

أما إذا فسره بما لا يتعارف عده ففيه نظر، كما إذا فسره بالخيوط فى عباءه، أو بالآجرات فى بنايه، أو بحب الدخن، لأنه خلاف الانصراف، وقد

عرفت أن المعيار المنصرف إليه، وأولى بعدم القبول لو فسره بثلاثه آلاف مره السلام عليه، أو ضرب المسحاه فى أرضه لأجل الزرع.

ومنه يعلم أن قول الجواهر تبعاً للمسالك عند قول الشرائع: (ولو قال: ثلاثه آلاف، واقتصر كان بيان الجنس إليه إذا فسره بما يصح تملكه): (فيقبل تفسيره حينئذ بما يتمول ولو بحب الدخن ونحوه)، غير ظاهر الوجه.

وكذا لا يقبل إذا فسره بقطعه واحده تقبل التجزأه إلى ثلاثه آلاف جزء، لما ذكره الجواهر تبعاً للمسالك بأن المتبادر من ذلك الكمّ المنفصل لا المتصل.

ولو قال: يطلبنى واحداً، وفسره بدينار قبل، وإن كان إن فسره بدرهم أيضاً كان يقبل.

وإن قال: له على عشره، ثم فسره بدراهم، وأعطاه ديناراً واحداً قبل، لأن الدينار عباره أخرى عن عشره دراهم، إذا لم يكن فرق عقلائى بينهما.

ولو قال: فلان يطلبنى من جنس النقد، أو من جنس الحنطه، قبل تفسيره بالعدد،كان يفسره بدينار، أو بصاع من الحنطه.

ولو قال: يطلبنى إما ديناراً واحداً أو من جنس الحنطه، فإن بيّنه وأنه أيهما قبل، لأنه لم يزد على ما يمكن الانطباق على أيهما، وإن قال: لا أعلم أيهما، أو مات والوارث لم يعلم، أعمل قاعده العدل.

مسأله ۱۳ التميز مقدما ومؤخزا ومتوسطا

(مسأله ۱۳): قال فی الشرائع: (إذا قال: له علی ألف ودرهم، ثبت الدرهم ورجع فی تفسیر الألف إلیه، وکذا لو قال: ألف ودرهمان، وکذا لو قال: مائه ودرهم أو عشره ودرهم).

قال فی الجواهر: (بلا خلاف فی شیء من ذلک، بل عن ظاهر التذکره الإجماع علیه، لأن الدرهم وقع منطوقاً لا ممیزاً، فکأنه قال: ألف وعبد) إلی آخره.

ویؤیده کثره الاستعمال کذلک، قال شاعر:

ثلاثه آلاف وعبد وقینه

وقتل علی (علیه السلام) بالحسام المهند

فلا ظهور فیما بعده، ومثل ذلک إذا قال: مائه ودرهم، لأن العطف لیس ظاهره أنهما من جنس واحد، بخلاف ما إذا قال: مائه وخمسون درهماً، وألف وثلاثه دراهم، أو ألف ومائه درهم، أو ألف وثلاثه وثلاثون درهماً، کما أفتی به الشرائع.

وقال المسالک: (إذا أقر بأعداد مختلفه وأتی فیها بتمیز واحد، فإن کانت الأعداد بمنزله واحد کالمرکب فالتمیز للجمیع، کقوله خمسه عشر درهماً، وإن کانت متعاطفه، فإن کان التمیز متوسطاً بینها لم یرجع إلی ما بعده قطعاً، بل هو علی إبهامه، کقوله: مائه درهم وعشرون، وإن تأخر عنها، فالأصل اختصاصه بما قبله متصلاً به خاصه، لکن قد یساعد العرف علی ذلک أیضاً) ثم مثل بما یدل علی عوده إلی الجمیع بمائه وخمسه وعشرون درهماً وألف وثلاثه دراهم، إلی آخره.

أقول: وکذا إذا قدم التمیز وکان ظاهره العرفی أنه راجع إلی الجمیع، کما إذا قال: یطلبنی زید من الدراهم ألف وعشره، ومن الدنانیر مائه وخمسه، من غیر فرق بین أن یذکر کسراً أم لا، کما إذا قال: فی الأول: ونصف، وفی

الثانی: وثلاثه أرباع، حیث إن الظاهر أنه من جنس التمیز.

ومما تقدم یظهر وجه النظر فی کلام الجواهر، حیث إنه بعد الأمثله المتقدمه من الشرائع قال: (نعم لو فسره بعد ذلک بغیره أمکن القبول، بناءً علی أن ذلک فهم انسیاق لا حقیقه، وأن مثله یقبل فیه التفسیر بخلافه، بل جزم به فی التحریر)((1)).

أقول: وذلک لأن الإقرار ینصرف إلی المتفاهم عرفاً، فغیره من قبیل الإنکار بعد الإقرار، وإلا فلم لم یقبل الجواهر سائر الموارد المتقدمه والتی تأتی مما یفسره بغیر الظاهر.

ثم إنه قد یکون التمیز المتوسط لا یضر بظهور أن ما بعده من غیر جنس ما قبله، مثل قوله سبحانه: ﴿أربعه أشهر وعشراً﴾((2))، وقد لا یکون، کما إذا قال: أربعه أشهر وعشره بالتاء، إذ هی تمیز المؤنث لا المذکر، فلا یصلح أن یراد به الأیام، فإن کان ظهور عند العرف فهو، وإلا کان من المجمل الذی یفسره المقر.

لکن ذلک إذا کان المتکلم من أهل العربیه الذین یمیزون بین فاقد التأنیث وواجده، وإلّا لم یکن اعتبار بذلک.

واحتمال الأخذ بالقدر المتیقن فی مقام وجود الظاهر لا وجه له، بعد أن الأصل فی الظواهر الحجیه، وإنما الأخذ بالقدر المتیقن إنما هو فیما إذا لم یکن ظاهر، وکان الأمر دائراً بین الأقل والأکثر، وإلّا کان من موارد قاعده العدل إذا کان دائراً بین المتباینین.

ولو قال: له درهم ونصف، فالظاهر عرفاً إراده نصف درهم، فلا یصح أن یؤوله بنصف جوزه مثلًا، وبذا صرح الجواهر تبعاً لغیره.

نعم إذا قال: أردت بنصف، نصف دینار، قبل التفسیر إذ ذلک إقرار

۱- جواهر الکلام: ج۳۵ ص۴۸

۲- سوره البقره: الآیه ۲۳۴

جديد بما يشمل نصف درهم أيضاً.

أما أن يلزم بنصف دينار ونصف درهم، فلا وجه له بعد أن كلامه الثانى لا يعد إنكاراً.

ومما ذكر يظهر النظر فى محكى الإرشاد، من أنه يرجع إليه فى تفسيره للنصف، ولعل ذلك لأن عرفهم كان كذلك لا ظهور لمثله فى نصف ما تقدم.

ولو قال: أردت به نصف الدار، فهل لا ـ يؤخذ منه نصف درهم باعتبار دخوله فى نصف الدار من جهه القيمه، أو يؤخذ لأنه إقراران، احتمالان، وإن كان الأول أقرب، لأن العرف لا يرى أنه إنكار لنصف درهم، والمناط العرف.

ولو قال: مائه وقفيز حنطه، فهل الظاهر أن المائه أيضاً من جنس القفيز أو مبهم، احتمالان، ولعل الأعراف مختلفه، وفى الجواهر أن المائه مبهمه.

أقول: أما إذا كان جواباً لسؤال: كم عليك من الأقفزه، فالظاهر أن المائه أقفزه، أو كان جواباً لسؤال كم عليك من الدراهم، فالظاهر أنها دراهم.

ولو قال: كم عليك من الدراهم والأقفزه، قال: مائه، كان مجملاً.

ولو قال لزيد: على عمرو مائه درهم، وعلى خالد مائه قفيز، فقال: على مثلهما، أو مثل أحدهما، أو مثل نصفهما، كان الأول والأخير ظاهراً، والأوسط مبهماً.

مسأله ۱۴ تفسيره للجمل مقبول

(مسأله ۱۴): قال فى الشرائع: (إذا قال: له عليّ كذا، كان إليه التفسير، كما لو قال: شيء).

أقول: وذلك لأن (كذا) عرفاً يقال للعدد وللجنس، فلا يرد إذا فسره بالجنس، كما إذا قال: قلم أو كتاب.

و(كذا) وإن كان فى عرف الأدباء كنايه عن العدد، كما عن التنقيح والمهذب، إلاّ أن العرف العام إذا كان المقر منهم، مقدم على العرف الخاص. نعم إذا كان المقر من الخاص قدم عرفه للظهور.

ولوقال: كذا وكذا، كان الظاهر أنه إقرار بشيئين لا بشيء واحد مؤكداً، فإذا فسره بدرهمين أو قلمين أو درهم وقلم مثلًا قبل، وإلاّ ألزم بالتفسير بالشيء الثانى، وكذا إذا قال: كذا وكذا وكذا.

أما إذا كرر بدون العطف، قال فى الجواهر: كان تكريراً للإقرار بالشيء، ومثله لو كان الإقرار فى مجلسين، مثلًا قال يوم الخميس عند جماعه: زيد يطلبنى كذا، وقال يوم الجمعه عندهم أو عند غيرهم: زيد يطلبنى كذا، لم يكن اعترافاً بشيئين.

ثم إنه إن كان المقر صرح بالشيء فى تفسيره بأن قال: إنه درهم، فلا إشكال، أما إذا قال: درهماً أو درهم بالرفع أو الجر، فإن كان من الأدباء الذين يتقيدون بصحه العربيه فى كلامهم أخذ بمقتضى العربيه، وإلاّ لم يكن اعترافاً بأكثر من درهم، بل لا يبعد أنه إن فسر كلامه ببعض درهم قبل، لأن كذا درهم فى عرف الناس يقال للمتعدد والمفرد والبعض، وكذا الحال إذا فسره بالجنس كالقلم والثوب ونحوه، ومن الممكن أن يكون مشتركاً فلا يلزم أن يكون اعترافاً بالقلم الواحد والثوب الواحد.

أما إذا قال: كذا حنطه ونحوها، فالتفسير يقبل ولو بحبه، كما إذا قال: بعض حنطه، أو بعض درهم، ولا يبعد قبوله فى الأول حتى بعض الحبه إن لم

يكن خلاف متفاهم العرف.

أما إذا قال: كذا درهم صحيح، فالظاهر أنه ما لا يقل عن واحد، وإلّا كان الوصف لغواً، وهو خلاف الأخذ بظاهر الإقرار.

وقد أكثر الفقهاء الكلام حول هذه المسأله، فمن أراد التفصيل فليرجع إلى كتب الفاضلين وشراحهما وغيرها.

ولوقال: درهم كذا، بتقديم درهم، فلا إشكال فى صحه تفسيره بدرهم فما فوق، فإن (كذا) وصف حينئذ أو بدل، وكلاهما ينطبقان على الواحد.

أما إذا فسره بأقل من الدرهم قائلًا: إنى أردت بكذا بعضاً موصوفاً به الدرهم، أو بدلاً فهل يقبل، احتمالان.

ولو شك فى أنه إقرار بالأكثر من البعض، كان مقتضى الأصل قبول تفسيره بالبعض.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم ما فى استظهار الجواهر أنه (لو قال: كذا وكذا، بالعطف، التأكيد الموافق لأصل البراءه، كما لو قال: شىء شىء) انتهى، إذ ظاهر العطف التغاير.

ص:٣١۴

مسأله ۱۵ لو أقر بشیء لإنسانین

(مسأله ۱۵): إذا قال: هذه الدار لأحد هذین، صح إقراره وألزم البیان، لإطلاق دلیل الإقرارات، فإن عین أحدهما قبل ویلزمه التسلیم إلیه، لأنه ذو ید فینفذ إقراره.

واحتمال أنه لا ـ یقبل إقراره فی التعیین لخروجها عن یده بالإقرار الأول، فهو حینئذ کالشاهد، غیر وجیه، إذ لم یقر هو إلاّ فی الجمله، کما إذا قال: هو لأحد، حیث لم یخرج بذلک عن حقه فی التعیین، وإلاّ ـ لجری مثل الکلام هناک هنا، بل لأمکن الإشکال فی ما لو قال لزید، فإنه یحتوی علی إقرارین أنه لإنسان، وأن ذلک الإنسان هو زید، فیکون کالشاهد بالنسبه إلی الثانی، والسر أنه لا یفهم من أدله إقرار العقلاء ونحوه النفوذ فیما أقر مطلقاً.

ولو أشکل بذلک لأتی الإشکال فی إبهام المقر به، إذ بإقراره أن الکتاب أو القلم لزید قد أخرج الجامع عن یده، فمن أین له التعیین مع أنه لا یملکه حتی یکون بیده التعیین.

وکیف کان، فإذا ادعاها الآخر کانا خصمین، کما ذکره الشرائع فی أصل المسأله وهنا، وتبعه الشارحان وغیرهما، إلاّ أن فی الجواهر نوع إشکال فی أنه یقبل قوله لو عین لما ذکرناه من المحذور.

ثم إن من أقر له یعد داخلاً ـ والمدعی یعد خارجاً، إذ لا فرق فی الداخل بین أن یکون بیده، أو ید أمینه، کما قرر فی کتاب القضاء.

ولو ادعی الخارج علی المقر العلم بأنه له لا للمقر له کان له إحلافه، لقاعده (البینه علی المدعی والیمین علی من أنکر)، وحیث إن المقر یدعی أن المقر به للمقر له علماً، أو حسب موازین الشرع، فاللازم أن یحلف علی العلم بالعدم بالنسبه إلی المدعی لا علی عدم العلم، فإن نکل حلف المدعی وغرم.

ولو قال: أحد هذین الشیئین لزید، ثم عینه أنه هذا، وأنکر المقر له، وقال: بل الآخر، یکون مدعیاً فله إحلاف المقر، فإن حلف فهو، وإلاّ حلف المقر له وأخذ ما ادعاه والمقر

به يكون للمقر لأن المدعى يعترف بأن المقر به ليس للمدعى.

ولو قال المقر: إن هذه الدار لزيد، ثم قال: بل لعمرو، ففى الشرائع وغيره لزمه الضمان، وفيه: نظر، لأنه إذا علم الحاكم أنها لأحدهما أو لهما كيف يأخذ مال المقر ويدفعه إلى غيره.

أما تعليل المسالك وغيره له (بأن المقر بإقراره للثانى بعد إقراره للأول حال بين الثانى والمقر به بإقراره الأول فكان كالمتلف) انتهى.

فيرد عليه: بأنه بعد العلم بأنه ليس مطلوباً إلاّ بهذه الدار ليس إقراره يثبت حقاً آخر عليه، لأنه خلاف العلم والإقرار لا يصادم العلم، لأنه طريق، والطريق إنما يؤثر إذا لم يعلم كذبه.

ومثله إذا علمنا أنه نذر ديناراً، إما لزيد أو لعمرو، فقال: نذرته لزيد، وبعد ذلك قال: نذرته لعمرو، فإنه للأول أو يقسم الدينار بينهما، لا أن نأخذ منه ديناراً ثانياً ونعطى كل واحد ديناراً، حاله حال ما إذا علم أنه مدين لزيد أو لعمرو.

ويؤيده إطلاق أن المال يقسم بينهما إذا أقر بأنه لأحدهما، ولم يفصل بين إذا كان علم بأنه لأيهما أو لم يعلم، مع أن عله المسالك آتيه هنا، لأنه فى صوره علمه بأنه لأيهما قد حال بين المالك وبين ماله.

فقد روى المشايخ الثلاثه، فى غير الاستبصار، عن السكونى، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام)، عن على (عليه السلام)، فى رجل أقر عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثم مات على تلك الحال، فقال على (عليه السلام): «أيهما أقام البينه فله المال، وإن لم يقم واحد منهما البينه، فالمال بينهما نصفان»((١)).

وبذلك يعلم الحال فيها ثم أقر لثالث ولرابع، فإن المال يقسم بينهم.

ثم إن الحكم بالتقسيم، بل وكذا حكمهم بالتعدد إنما هو فيما إذا لم تقم البينه

١- الوسائل: ج١٦ ص١١٠ الباب ٢ من أبواب الإقرار ح١

على أن الدار لأحدهما خاصاً أو لهما بالاشتراک مثلاً، وإلّا حکم على حسب البينه، وذلک لأن البينه تقدم على الإقرار، فإذا قال: هذه لزيد، وقامت البينه أنها لعمرو بطل الإقرار، لقوله (صلى الله عليه وآله): «إنما أقضى بينکم بالبينات والأيمان»([1])، وغيره، إذ البينه لا تدع مجالاً للإقرار، فإنه على نفس المقر نافذ، والبينه تقول: إنها لم تکن للمقر حتى ينفذ إقراره فيها.

قال في المسالک: (ولو صدقه الأول رفعت إلى الثاني ولا غرم).

أقول: وذلک لأنه يقر بأنها ليست له وإقراره على نفسه حجه.

ومن ذلک تعرف صور المسأله، وهى أن کليهما يدعيانها، أو ينفيان ملکيتهما لها، أو يقولان لا نعلم، أو بالاختلاف، وإذا کانوا ثلاثه أمکن الأحوال الثلاثه.

ثم قال المسالک: (وهل للمقر على تقدير إقراره للثاني وعدم تصديق الأول إحلافه، وجهان، من عموم «اليمين على من أنکر»، وأنه يدفع بها الغرم عن نفسه، وأنه لو أقر لنفع إقراره، ومن أن المقر مکذب نفسه فى دعواه أنها للثاني بإقراره أنها للأول، وأنه لو نکل امتنع الرد، إذ لا يحلف لإثبات مال غيره، وهو حسن إلّا أن يظهر لإقراره ما يدفع التکذيب کالغلط، فالأول حسن) انتهى.

أقول: الظاهر أن له حق إحلافه مطلقاً، فإن إقراره بأنه للأول لا يزيد عن کونه فى يد المقر له، حيث ادعاه المقر، فإن کانت له بينه وإلّا أحلفه، ولذا قال فى الجواهر فى رد المسالک: (الظاهر حسنه على کل حال).

وعلى أى حال، فإذا أحلفه المقر، فإن کان المقر له يعلم أنه کاذب حلف على البت، وإذا لم يعلم حلف على نفيه العلم، وإذا أقر للأول ثم للثاني وأعطاه للثاني

١- الوسائل: ج١٨ ص١٦٩ الباب ٢ من أبواب کيفيه الحکم ح١

فعلى قولهم حق للأول انتزاعه من الثانى، لأنه له حسب إقرار المقر، فإذا نزعه الأول حق للثانى أن يرجع بمثله أو قيمته إلى المقر، لأنه بإقراره سبب لملكه بالزوال، سواء علم أنه ملكه، أو كان ملكه حسب الظاهر باعتبار الإقرار.

ولو أقر المقر لهما دفعه، كما إذا قال: هذه الدار لهذين كل واحد مستقلاً، فهل لا يقبل، لأنه إقرار بالمتنافيين، ودليل إقرار العقلاء منصرف عن مثله، فهو كما إذا قال: الأختان زوجتى، أو قالت: هما زوجاى، أو يقبل ويقسم بينهما فى مثل الدار، ويلزم فى مثل الزوجتين والزوجين القرعه، لعدم إمكان التقسيم، وهى لكل أمر مشكل، أو يقبل ويعطى أحدهما العين، والآخر القيمه أو المثل فى مثل الحنطه، فإذا لم يتعاسرا أعطى أيهما العين والآخر المثل أو القيمه، وإذا تعاسرا أخرج العين لأيهما بالقرعه، أو أعطى لكل نصف الدار ونصف القيمه لعدم الترجيح، احتمالات.

أما بناءً على ما ذكرناه من الإقرار المتعقب وأنه يقسّم، فهنا أولى بالتقسيم.

أما فى الأختين والزوجين، فإن أقر أو أقرت مرتباً لم يقبل الثانى، لأنه إقرار بما لا يملك، كما هو كذلك فى أمثالهما، مثل أن يقر بأن هذه الأربع زوجته، أو الأم، ثم يقر بزوجيه خامسه أو البنت أو ما أشبه ذلك.

وإن كان الإقرار دفعه لم تبعد القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، إلاّ أن يثبت خلاف ذلك، كما لو أثبت أن زيداً زوجها الأول وأنها تزوجت بالثانى بعد ذلك حراماً أو لجهلها بأن المرأه لا يصح لها زوجان.

ثم إنه لو قال المقر: إن هذه الدار لأحد هذين، ولما طولب بالبيان قال: لا أعلم أنها لأيهما، ففى الجواهر مازجاً مع الشرائع: (دفعها إليهما برضاهما، أو بالدفع إلى وكيلهما، لانحصار الحق فيهما، أو الحاكم وكانا معاً خصمين فيلزمهما حكم المتداعيين الخارجين عن العين، لأن يد وكيلهما كانت احتياطاً

ثم إن صدقاه على عدم العلم فذاك) انتهى.

أقول: إنما يكون الكلام كذلك إذا لم يجتمعا فى علم قطعى، كما إذا ماتا وورثهما إنسان واحد وإلاّ فلا كلام.

ثم قد يتداعيان وكل يقول: هى لى، وقد يقول كل: لا أعلم، وقد يختلفان فى العلم وعدمه، فإن تداعيا كان المقام من التداعى على تفصيله، وإن قال كل منهما: لا أعلم، فالأمر راجع إلى القاعده بالتنصيف لا القرعه، لما ذكرناه مكرراً من أن القاعده مقدمه على القرعه، لأنها تحلّ المشكل الذى هو موضوع القرعه.

أما إذا قال أحدهما فقط: إنى أعلم أنها مالى، فالظاهر أنه لا ينفع فى تسليمه، إذ من له حق الاعتراف اعترف لأحدهما وادعاء هذا لا يثبت، فالأمر فى الثالث كالثانى، ولا ينفع يد المدعى للعلم إذا استولى عليها ولو بإعطاء المقر، إذ مثل هذه اليد المتأخره ليست حجه كما هو واضح.

وكيف كان، فإذا قال المقر: إنه إما لهما أو لأحدهما، لا يحق له تسليمه إلى أحدهما، لأنه لا يعلم أنه كله أو بعضه له أم لا، ولذا أشكل الكركى والمسالك على الشرائع، حيث قال: (دفعه إليهما) وفسره الجواهر فى عبارته المتقدمه (برضاهما أو وكيلهما أو الحاكم) بما يرفع عنه الإشكال.

ولو قال المقر: لا أعلم أنه لأحدهما أو كليهما أو غيرهما، لم يحق له التسليم إليهما أيضاً، بل اللازم عليه الفحص، فإن ظهر الأمر فهو، وإلاّـ كان محتملاً لملكيه أحدهما أو كليهما ولكونه مجهول المالك، فإن ظهر أحد الأمرين وإلاّ عمل بقاعده العدل بين الشخصين وبين مجهول المالك.

قال الشرائع بما مزجه الجواهر: (ولو ادعيا معاً أو أحدهما علمه بأنها لأحدهما، كان القول قوله مع يمينه على نفى العلم) انتهى.

وهو كذلك، فإذا حلف صار الأمر مشتركاً بينهما على ما تقدم وجهه فى مثله.

ولو قال:

هذا لزيد أو للحائط كان باطلاً، كما أفتى به الجواهر، وإن نقل تردد الفاضل وولده من غير ترجيح.

أما الأول: فلانصراف أدله الإقرار عنه، فهو مثل: هذا لزيد أو ليس له.

ولو قال: هو لزيد أو ليس له، لم يكن إنكاراً بعد الإقرار، لأنه بعد اتصاله بالأول يعد كلاماً واحداً، كالمستثنى والمستثنى منه والموصوف والوصف، وليس كالمنفصل الذى يعد إنكاراً.

وأما احتمال الصحه فهو أنه من قبيل الإنكار بعد الإقرار، وإلّا أمكن كل مقر يندم فوراً أن يبطل إقراره بمثل ذلك، كأن يقول: هى زوجتى أو لا، أو يطلبنى أو لا يطلبنى، إلى غير ذلك.

وفيه: إن مثل هذا الكلام يعدّ لغواً لا إنكاراً بعد الإقرار.

ولو قال: هذا لزيد أو للمسجد، كان ظاهره الإقرار لأحدهما، ومعنى للمسجد أنه لفائدته فليس مثل أو للحائط، إلّا إذا كان لحائط مثل حائط المسجد والمدرسه ونحوه مما يصلح أن يكون الشىء موقوفاً له.

ومثله فى البطلان لو قال: له أو للدابه، أو للشجره، أو قال: هو له أو لرأسه، أو ليده، إذ لا معنى لذلك، والاختصاص للدابه وإرادته أنه نافع لرأسه لا يجعل الكلام ظاهراً فى الإقرار فلا يشمله (إقرار العقلاء) إلّا إذا كان هناك قرينه من الخارج.

ولوقال: هو له وللحائط، قال فى القواعد: الأقوى كون النصف له، وتبعه الجواهر فى وجه قوى، قال: بل ربما احتمل كون الجميع لزيد لامتناع كون الحائط مالكاً فيلغو بعد اعترافه بانحصار الملك فيهما.

أقول: أما كون الجميع لزيد، فلا وجه له بعد عدم الإقرار به، وأما كون النصف لزيد ففيه بعد التأمل فى أصله، حيث إن مثل هذا الكلام أشبه باللغو،

إذ الكلام المشتمل على اللغو كثيراً ما يراه العرف لغواً، ولـذا لا يعتنون بكلام من يجمع بين الهراء والصـحيح، كما إذا قال: قلت مـائه أحـدهم الخنفساء والآخر زيـداً والثالث بعوضاً وما أشـبه، فأدله الإقرار منصـرفه عن مثله، يرد عليه أنه لا وجه لجعل النصـف لزيد، فهو كما إذا قال: فهو لزيد وعمرو، حيث يستفسر كم منه لهذا وكم لذاك.

ولو قال: إنه لذى نفس فى الدار، ثم فسـره بهره أو طائر فيها، لم يلزم بأن يكون لأحد البشر الموجود فيها، إذ لا دليل على شمول (إقرار العقلاء) لمثل ذلك، وحيث كان كذلك، فالأصل عدمه فتأمل.

ص:٣٢١

مسأله ۱۶ الإقرار بالمجهول

(مسأله ۱۶): إذا قال: هذا الدفتر أو هذا القلم لزيد سمع، لأنه من الإقرار بالمجهول فی المقر به، وقد أفتی بذلک الشرائع والعلامه فی جمله من کتبه، وتبعهما الشراح، بل فی الجواهر بلا خلاف أجده فی شیء من ذلک، بل ولا إشکال حتی فی قبول تعیینه استصحاباً لبقاء حکم یده علی الملک.

أقول: أو لأن ذلک مقتضی لزوم الإقرار.

ومنه یعلم أنه لو قال: أحدهما لزید أو لعمرو، حیث یکون المجهول کلا المقر له والمقر به، وکذا إذا أضیف إلی ذلک التردد فی المقر، کما إذا قال زید: أحدنا مطلوب لأحدهما بأحدهما، وقال عمرو: نعم هو کذلک، أو أضیف إلی ذلک المتعلق، کما إذا قال: أحدنا مدین لأحدهما بمن حنطه أو شعیر أول الصیف أو أول الشتاء، إلی غیر ذلک.

ثم إنه إذا أنکر المقر له فی المقام، أو فی مقام التعیین، کما إذا قال: هذا الکتاب لزید، فقال زید: لیس لی، ــ وبذلک یظهر أن الأولی کان ذکر الشرائع وغیره المسأله منفرده، لا فی خصوص الإقرار بالمبهم ــ لم یکن للمقر له أخذه، لأنه ینکر صحه الإقرار، وإنما یقول: لیس لی فی المعین، ولیس ما عینه لی، بل لی الشق الآخر فی المبهم، ففی الثانی علیه البینه، فإن لم یجدها أحلف المنکر (المقر)، وفی الأول لا یکون شیء مربوطاً به، وإنما للحاکم أن یترک المقر به فی ید المقر وله انتزاعه ویحفظه إلی أن یظهر مالکه.

وإنما یتخیر الحاکم بین الأمرین، لأنه لا معین، فالأصل عدم أحدهما علی الحاکم، وإنما له أخذه وحفظه حتی یظهر صاحبه، لأن کلیهما لما أنکرا کونه لهما کان من مجهول المالک، والحاکم ولی القاصر.

لکن هذا إذا لم یعلم الحاکم بأنه لأحدهما، وإلاّ کان علیه تقسیمه بینهما لقاعده العدل، وحیث إن المسأله أولی بباب القضاء نترکها هنا، وإن أطال الجواهر الکلام حولها هنا فراجع.

مسأله ۱۷ لو قال: علی ما بین درهم وعشره

(مسأله ۱۷): قال فی القواعد: (لو قال: له علی ما بین درهم وعشره، لزمه ثمانیه).

ونقله مفتاح الکرامه عن المبسوط والسرائر والجامع والتذکره وجامع المقاصد، وعلله الشیخ والحلی بأن ما بین الواحد والعاشر ثمانیه.

أقول: فیه نظر، لأنه لا یفهم ثمانیه عرفاً، بل هو من المبهم الذی یلزم علیه تفسیره.

ومنه یعلم أن الأمر کذلک إذا قال: ما بین الواحد والمائه، أو ما بین الواحد وخمسه، إلی غیر ذلک.

ولو مات أخذ من ترکته أقل قدر یصدق علیه أنه ما بینهما، لأصاله العدم فی الزائد.

ولو قال: إنی مدین للزکاه أو قضاء الصلاه تعطونها من ثلثی ما بین مائه والألف، فالظاهر کفایه إعطاء مائه لاحتمال الإقرار إیاها حیث یعبر بمثل ذلک، مع احتمال الأقل أی المائه فی المثال، فاحتمال أن یرید أزید من المائه، إلی المائه ینفیه الأصل.

ولو قال عند الحاکم: إنه زنی أو لاط، أربع مرات حدّ، إذا کانا متحدی الحد کالزنا بالمحارم، وحینئذ یقتل لا أنه یحرق، لوضوح أن الحرق لیس حدهما.

ولو قال: بأنه زنی أو قبل، عزر لأنه فعل حراماً علی کل حال، فعلیه التأدیب، وإن لم یکن التعزیر لأحدهما، کما إذا دار الأمر بین اللواط والسرقه حیث یفهم المناط من روایات المحرمات فلا یترک بدون عقاب.

ولو قال: إما زید یطلبنی بالاستدانه عشره، أو أنه سرق منه عشره، أعطاه عشره ولا حد.

ولو قال: إما یطلبه عشره، أو قبّله بشهوه مثلاً، حیث علیه التعزیر، فلا شیء علیه للأصل فی المال، ولان الحد یدرأ بالشبهه، علی تأمل للعلم الإجمالی.

قال فی القواعد: (ولو قال: له علی من درهم إلی عشره، احتمل دخول الطرفین وخروجهما، وخروج الغایه)، ونقله مفتاح الکرامه عن التحریر والدروس وشرح الفخر.

أقول: مقتضی القاعده کفایه درهم واحد، لأنه المتیقن، وما عداه مشکوک فالأصل عدمه، وقد أطال الشارح فی نقل الأقوال والاحتمالات بما لا یهم نقلها بعد ما عرفت من مقتضی القاعده.

ثم قال القواعد: (ولو قال: أردت المجموع، لزمه خمسه وخمسون، لأنک تزید أول العدد وهو الواحد علی آخره وهو العشره ثم تضرب المجموع فی نصف العشره).

أقول: هذا أسهل الطرق، وقد ذکره خلاصه الحساب وغیره، وإلاّ فلک أن تعمل عمل الجمع مثلاً.

ولو قال: یطلبنی ما بین شیء إلی عشره دراهم، صح أن یفسره ببعض درهم، کما أنه لو قال: إنه فعل معها حراماً ما بین القبله إلی الدخول، فإنه یعزر بقدر القبله لأصاله عدم الزائد، والحدود تدرأ بالشبهات((1))، والله العالم.

۱- المستدرک: ج۳ ص۲۱۹ الباب ۲۱ من أبواب حدود الله ح۴

مسأله ۱۸ لو قال له: على درهم أو درهمان

(مسأله ۱۸): لو قـال المقر: له على درهم أو درهمـان، أو: درهمان أو درهم، ثبت الـدرهم على كل حال، واحتاج الـدرهم الثانى إلى الاـعتراف منه، فلو ادعى المقر له أنه درهمـان حلف المقر على عـدم علمه بـذلک وبرئ من الثـانى، وهـذا هو الـذى اختاره الجواهر، خلافاً للمسالـک، حيث احتمـل لزوم الأـكثر على تقـدير البـدأه به، لأـنه كـالرجوع عن الإـقرار فلا يسـمع، بل عن أول الشهيدين أنه لو قال: له على دينار أو درهم، الالتزام بلزوم الدينار.

وعنه فى الدروس: لو قال: له على ألف أو مائه، احتمل المطالبه بالتعيين، ولزوم الأول. ولو قال: له على مائه أو ألف، احتمل لزوم الثانى.

وفى الكـل مـا لاـ يخفى، إذ إلحـاق (أو) يرفع كون السـابق إقراراً يشـمله (إقرار العقلاء) فلا يقاس ذلک بما إذا قال: كان يطلبنى زيد ديناراً فأعطيته له، حيث إن الثانى ادعاء.

بل فى الجواهر فى ردهما: ضروره اعتبار تماميه الكلام نصاً وفتوىً فى اللزوم بمقتضاه.

أقول: لعله أراد بالنص ما ذكر فى كتاب القضاء من آداب القاضى فراجع.

والفـارق بين (درهم أو درهمين(وبين (فأعطيته) العرف، حيث إن الأول ليس إقراراً باثنين قـدم أو أخر، بخلاف الثانى حيث إنه إقرار وادعاء.

وربما يقال مثل ذلک فى عـدم لزوم الأكثر لا صـلحاً ولا قرعهً ولا قاعـدهَ عدل ما لو قال: يطلبنى شاه قيمتها عشـره، أو شاه قيمتها عشـرون، أو يطلبنى شاه أو بعير، لكن المقام ليس مثل الـدرهم والـدرهمين، إذ هما متباينان عرفاً، فاللازم إجراء قاعده العدل، أو القرعه والصلح عند من يراهما.

ومثل ذلک إذا قال: إنه يطلبه إما صلاه قضاء أو حج قضاء، حيث أعطاه مالاً وقال له افعل كذا عنى بعد موتى مثلًا، فنسى أنه قال أيهما، لكن حيث لا تجرى هنا قاعده

العدل، فاللازم القرعه فإنها لكل أمر مشكل(۱).

وحيث قد عرفت أن مثل الشاه والبعير مجرى قاعده العدل لا يقبل منه إذا قال بعد ذلك: إنی تذکرت أن اللازم إعطاؤه شاه، لأن ذلك من قبيل الإنكار بعد الإقرار، وإن كانت المسأله بحاجه إلى تأمّل أكثر.

ومثله ما لو أقام المـدعی البینه على أنه يطلب المـدعی علیه أحدهما، فقال الطرف إنه يطلبه شاه، إذ لا حجيه لقوله فی رفع قاعده العدل، وكذا إذا كان ناذراً أحدهما فنسی، أو أوصی بأحدهما فنسی الوصی.

نعم لو شـك فی أن آبـاله خمس حتى علیه شاه زکاه، أو ست وعشـرون حتی علیه إبل، كان الأصل عـدم الزياده، فيكفی إعطاء الشاه.

ومثل ما تقدم فی إجراء القاعده لو غصـبه أحدهما، ثم نسی أنه أيهما كان، وكذلك إذا سرق زیداً شاهً أو عمرواً بعيراً، فإنه يلزم عليه إجراء القاعـده معهما، وكيفيه الإجراء أنه يفرض الشاه بـدرهم مثلا، والإبل بـدينار، أی عشـره دراهم، فالأمر مردد بین کونه مطلوباً لزيـد بـدرهم أو لعمرو بـدينار فيعطى خمسه دراهم، لأنه نصف المحتمل كونه مـديوناً به، واحـد من أحـد عشـر الخمسـه لصاحب الدرهم، وعشـره من أحد عشر الخمسه لصاحب العشره، وبذلك تجرى قاعده العدل مرتين، مره بين المديون والدائنين، ومره بين الدائنين، وبهما تكون قاعده العدل جرت بين المديون وبين كل دائن.

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۱۹۱ الباب ۱۳ من أبواب كيفيه الحكم ح۱۸

مسأله ۱۹ لو قال له: علی ألف ودفعه

(مسأله ۱۹): لو قال: لفلان علی ألف، ثم دفع إلیه ألفاً وقال: هـذه هی التی کنت أقررت بها، وقد کانت ودیعه عندی، فقال المقر له: هـذه هی ودیعه ولی علیک ألف دینار آخر، هی التی أردت بإقرارک، فالشیخ والمحقق والأکثر ـ کما فی المسالک نسبته إلیهم ـ أن القول قول المقر مع یمینه، لصدق (علی) عن الودیعه أیضاً، فإذا فسره بها قبل، بالإضافه إلی أصاله البراءه عن ألف آخر، وأن المحتمل أنه تعدی فی الودیعه بإتلافها فصارت علیه.

وقال بعض آخر: إن القول المقر له، لأن کلمه (علی) تقتضی الثبوت فی الذمه، والودیعه لیست فی الذمه، فتفسیره بها تفسیر علی خلاف الظاهر.

وفیه: ما عرفت، ولذا اختاره المشهور.

بل قال فی الجواهر: لم أجد فی ذلک خلافاً إلاّ من الحلی فی محکی سرائره، نعم توقف فیه الفاضل فی القواعد والشهید فی محکی حواشیه علیها.

ومما تقدم یظهر أنه لا فرق بین النقد والعین، کما إذا قال: علی ثوب لزید، حیث إنه إذا جاء به وقال هذا هو قبل.

ولو أنکر خصوصیاته المقر له کان له حق الحلف.

ولو قال المقر: إنها علی ودیعه، وقال المقر له: بل قرض، قدم قول المقر له للروایه الخاصه، وإلا کان مقتضی القاعده التحالف.

فقد روی إسحاق بن عمار فی الموثق، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی رجل قال لرجل: لی علیک ألف درهم، فقال الرجل: لا ولکنها ودیعه، فقال أبو عبد الله (علیه السلام): «القول قول صاحب المال مع یمینه»((۱))، کذا رواه الکافی والتهذیب.

وروی المشایخ الثلاثه، عنه أیضاً، عن أبی الحسن (علیه السلام)، عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: کانت عندی ودیعه، وقال

۱ـ الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۲ الباب ۷ من کتاب الودیعه ح۱

الآخر: إنما كانت لی علیک قرضاً، قال: «المال لازم له إلّا أن یقیم البینه أنها کانت ودیعه»((۱)).

أما أن اللازم التحالف فی غیر هـذا المورد، لأنهما عنوانان مختلفان ولا یلاحظ فی الـدعاوی النتائج، بل المصب، کما ذکرناه فی کتاب القضاء.

فلو قال أحدهما: بعت الدار لی بألف، وقال الآجر: بل استأجرتها، کان التحالف، لا التقدیم للثانی بحجه أن انتقال المنفعه محقق وانتقال العین مشکوک فالأصل عدمه.

وقد ذکرنا بعض تفصیل الکلام فی ذلک فی باب المضاربه، حیث یقول أحدهما: مضاربه، ویقول الآخر: قرض.

ولـذا کـان المحکی عن الفاضـل الفرق بین الأمـانه وبین الودیعه، خلافاً لمـا یظهر من تـذکرته، حیث جعـل الروایـتین علی طبق القاعده.

ثم إنه لو قال المقر: لک فی ذمتی ألف، وجاء بألف وفسر بما ذکر فی الأول فقال: هی التی أقررت بها، وقد کانت ودیعه تلفت وهـذه بـدلها، فالظاهر القبول، کما اختاره المحقق لإمکان ذلک، وأن ذمته قد صارت مشغوله بسبب التعدی، ولذا علله الجواهر بأن أقصی ما فی کلامه تفسیر کیفیه کونها فی ذمته، ولعله لأنها تلفت منه بتعدّ أو تفریط فصح الإخبار عنها أنها فی ذمته، وأن ما فی ذمته بدل عنها.

لکن فی المسالـک بعـد احتمـاله القبول قـال: (عـدم القبول لاـ یخلو من قوه، لأـن العین لاـ تثبت فی الـذمه، والأصـل فی الکلام الحقیقه، وقد تقدم کثیر من الدعاوی المجازیه فی الإقرار ولم یلتفت إلیها، فلا وجه لتخصیص هذه).

أقول: وینبغی أن یستثنی من القبول ما إذا قال: إنها کانت ودیعه حال

۱- الوسائل: ج۱۳ ص۲۳۲ الباب ۷ من أبواب الودیعه ح۱

إقراری وكانت موجوده، ثم تلفت وهـذه بدلها، إذ تسـميه الوديعه الموجوده فی الذمه خلاف الظاهر، فله فی مثل ذلک اعترافان: اعتراف بألف عليه هی هذه، واعتراف بوجود وديعه، فاللازم إعطاؤهما.

ولعل المسالک فهم ذلک من كلام الشـرائع، ولذا قوی العدم، ولعله لذا أشـكل الجواهر علی كلام جامع المقاصد الذی قال: إن القبول أرجـح، لأن غايته إراده المجاز وهو كون الشـیء فی الـذمه وديعه باعتبار أن سـببها كـذلک، والمجاز يصار إليه بالقرينه. فقال: وفيه ما لا يخفی.

قـال الشـرائع: (أمـا لو قال: لک فی ذمتی ألف، وهـذه التی أقررت بها كانت وديعه، لم يقبل، لأن ما فی الـذمه لا يكون وديعه)، وقد سبقه إلی ذلک المبسوط، وتبعه العلامه والشهيدان والمحقق الثانی علی ما حكی عن بعضهم.

ولاـ يخفی أن هـذه المسائـل إنمـا تحمـل علی المعانی المـذكوره إذا كان المقر يعرف معانی (ما فی الـذمه) و(علی)، وأن العين الخارجيه لا تكون فی الـذمه، وأن ما فی الـذمه ليس كما فی الخارج، وإلّا فإن ادعی الجهل وكان ممن يحتمل فی حقه لم يثبت عليه غير الألف علی أی حال، لأنه لم يعترف بغيرها، فلا يشمله «إقرار العقلاء»((١)).

ومنه يعرف الكلاـم فی بعض الفروع الأـخر، والتی منهـا مـا ذكره الشـرائع بعـد ذلـک بقوله: (لو قال: له علی ألف، ودفعها وقال: كانت وديعه وكنت أظنها باقيه فبانت تالفه، لم يقبل لأنه مكذب لإقراره).

وعلله المسالـک بقوله: إذ تلف الوديعه علی وجه لاـ تضـمن لاـ يجامع كونها عليه، لأن (علی) تقتضـی صـيرورتها مضـمونه عليه لتعديه، فتفسيره بتلفها قبل الإقرار علی وجه لا يوجب الضمان مناقض لجميع ذلک فلا يسمع.

١- الوسائل: ج١٦ ص١١١ الباب ٣ من أبواب الإقرار ح٢

ثم قال الشرائع: أما لو ادعى تلفها بعد الإقرار قبل.

وذلك لما في الجواهر من أن (على) مشترك بين الالتزام بها وغيره، والدعوى الأولى غير منافيه له، وقد أطال شراح الشرائع والقواعد وغيرهم في بيان وجوه المسأله والنقض والحل، فعلى الطالب مراجعتها.

ولو قال: عندي شاه لزيد وديعه، ثم أتى بثمنها مدعياً تلفها قبل، لأنه أمين وليس عليه إلاّ اليمين([1])، إذا طلبها المقر له.

أما إذا قال: على مائه لزيد، ثم أتى بشاه وادعى أن مراده بالمائه قيمه الشاه لم يقبل، لأنه خلاف الظاهر.

ولو قال: عندي لزيد شاه صغيره، ثم أتى بشاه كبيره وقال: إنها كبرت ــ مع صلاحيه المده لذلك ــ قبل، أما بدون صلاحيه المده، وقال: إنها ما أقررت فهي لزيد، فالظاهر أنه إقراران فتلزمه شاه صغيره أيضاً.

١- الوسائل: ج١٦ ص٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعه ح٧

مسأله ٢٠ لو أنكر المقر له تفسير المقر

(مسأله ٢٠): إذا قال: له فى هذه الدار أو الدابه أو البضاعه أو ما أشبه عشره أو مائه أو نحو ذلك، كان من الإقرار المبهم الذى يحتاج إلى التفسير، هل المراد أنه باع منه له بقدر مائه على نحو الكلى فى المعين، أو على نحو الاشتراک، أو أنه اشتراه منه باستثناء قدر مائه على أحد النحوين، أو أن قدر المائه منه لمصالحه أو جعاله أو رهن أو أرش جنايه فى الحيوان، إلى غير ذلك من الاحتمالات.

بل قال فى المسالك: وإن قال: إنه دفع فى ثمنها مائه وهو اشتراها لنفسه كانت قرضاً.

قال فى الجواهر: ونحوه ما فى القواعد ومحكى المبسوط والتذكره والتحرير والدروس وجامع المقاصد فى العبد الذى فرضوه مثلاً ـ فى المسأله، وكذا فى مفتاح الكرامه، ثم ناقش الجواهر فى كلام المسالك بأن ذلك ليس من محتملات اللفظ، وفيه: إنه محتمل لأنه تعبير عرفى.

ثم لا فرق بين أن يسوى القدر الذى يفسره بالمائه، مثلاً الدار بألف ففسر كلامه بأن عشرها له، أو لا يسوى، كما إذا قال له: جزء من عشرين جزء له بمائه، لشمول اللفظ له وكونه لا يسوى أو يسوى مسأله أخرى.

وهل يقبل تفسيره إذا فسره بأنه أراد الوصيه له بالمائه، أو أنه أوصى له بذلك، أو نذر أو حلف أو ما أشبه مثل أنه وعده بها، الظاهر القبول لأنه تفسير لا يخالفه اللفظ.

أما قول المسالك، وتبعه الجواهر: بأنه إن قال: أردت أنه أوصى له بمائه من ثمنها قبل، وبيعت ودفع إليه من ثمنها المائه، حتى لو أراد أن يعطيه المائه من غير ثمنها لم يكن له ذلك إلّا برضى المقر له، لأنه استحق المائه من ثمنها، فوجب البيع فى حقه إلّا أن يرضى بتركه، بل قال الثانى: بلا خلاف أجده بين من تعرض له من الكتب السابقه، فغير ظاهر الوجه، إذ الوصيه ليست

لازمه النفوذ مطلقاً، بل إذا لم يكن للميت دين مستوعب وغير ذلک، فله أن يقول: لكن لا تنفذ الوصيه، كما إذا قال: أجريت صيغه الإيجاب عليها، ثم قال: لكن الرجل لم يقبل، والوصيه ليست خاصه بالنافذه، بل بان إنشاء الوصيه.

ثم إنه إذا أوصى بأن يعطوه المائه من الدار يمكن منع بعضه، لأنه أكثر من الثلث ولم يجزه الورثه، وإذا لزم لا دليل على لزوم البيع، إذ لا وصيه بالعين فيصح أن يشترى أو يصالح أو ما أشبه بعض الورثه فيعطى المائه، فإطلاقهم من هذه الجهات يلزم أن يحمل على ما ذكرناه، وكأنه لذا قال الجواهر: نعم الظاهر أن مرادهم مع احتمال الثلث.

ولو قال: هذه المائه لدار زيد، كان من المبهم، فله أن يفسره بما ينطبق اللفظ عليه من الوعد والوصيه وملكه له ملكاً مقيداً باشتراء الدار ورهنه الدار منه بالمائه، إلى غير ذلک.

قال فى الشرائع: فإن أنكر المقر له شيئاً من تفسيره، كان القول قول المقر مع يمينه.

أقول: هذا إن أنكر مع إثبات شىء آخر، أما إذا أنكر مطلقاً فلا مجال للإحلاف، كما إذا قال: إنى لا أطلب منه مائه بأى وجه كان.

قال فى القواعد بعد مسأله المائه: (ولو أقر بحريه عبد فى يد غيره لم يقبل، فإن اشتراه صح تعويلاً على قول صاحب اليد).

أقول: والظاهر أنه ليس كذلک فى كل أمثال ذلک، كما إذا أقر بأنه وقف لا يصح بيعه ولم يبد بعد اشترائه سبباً مصححاً للبيع، لأن (إقرار العقلاء) يشمل مثل ذلک، فلا يقال إنه عند الإقرار لم يكن على نفسه، وعند ما كان له لم يصدر منه إقرار.

وكذلک إذا قال: إن زوجه فلان بنت زوجتى المدخول بها، فإذا طلقها لم يصح له نكاحها، إلى غير ذلک من الأمثله.

ولعله يأتى لهذه المسأله مزيد فروع.

مسأله ۲۱ لو قال: له ملکیه خمسه أرباع الدار

(مسأله ۲۱): قـال فی الشـرائع: (إذا قال: له فی میراث أبی أو من میراث أبی مائه، کان إقراراً)، وذلک لما علله الجواهر بأن المراد ترکه أبیه، وقد یکون استحق ذلک بوصیه أو دین أو نحوهما من المتعلقات التی یکون فی الترکه.

ثم قال الشرائع: (ولوقال: فی میراثی من أبی، أو من میراثی من أبی، لم یکن إقراراً، وکان کالوعد بالهبه، وعلله فی المسالک بأنه أضاف المیراث إلی نفسه وحکم بانتقاله إلیه فلا یجامع کونه ملکاً لغیره لحصول التناقض).

أقول: الظاهر عـدم الفرق عرفاً، ولذا صـحح المختلف وغیره فی المحکی عنهم کلا الإقرارین للاکتفاء فی الإضافه بأدنی ملابسه، ومثـل له المسالـک بقوله تعالی: ﴿لا تخرجوهن﴾ یعنی المطلقات ﴿من بیوتهن﴾((۱))، والمراد بیوت الأزواج، و﴿ولا نکتم شـهاده الله﴾((۲))، وکقوله: (إذا کوکب الخرقاء لاح بسحره) إلی غیر ذلک من الأمثله العرفیه.

ثم قال الشـرائع: (ولو قال: له فی مالی ألف لم یقبل، ومن الناس من فرق بین (له فی مالی) وبین (له فی داری) بأن بعض الدار لا تسمی داراً وبعض المال یسمی مالاً) انتهی.

لکنک قـد عرفت عدم الفرق، ولا تناقض فی (له فی مالی ألف) حتی لا یقبل، کما أفتی به المحقق وبعض آخر، خلافاً لآخرین، حیث أفتوا بأنه إقرار صیحح.

ولا فرق بین أن یضـیف فیما ذکروه باطلاً لأنه تناقض، لفظه: بحق واجب أو بسـبب صـحیح، أو ما یجری مجراهما، أو لم یضـف لما عرفت، خلافاً للشرائع وآخرین، حیث قالوا بالصحه مع الإضافه دون ما إذا لم یضف، بل فی

۱- سوره الطلاق: الآیه ۱

۲- سوره المائده: الآیه ۱۰۶

الجواهر: إنه إذا أضاف صح بلا خلاف فيه بينهم.

أقول: ولما ذكرناه من صحه الكل ولو بدون الإضافه، قال المسالك: (ذهب جماعه من المتأخرين إلى قبول الإقرار كذلك مطلقاً، منهم المختلف والشهيد وهو قول قوى) إلى آخر كلامه، وتبعه على ذلك الجواهر وغيره.

ولو قال: له فى دراهمى شاه صح، فاللازم إعطاؤه شاه مشتراه منها، فهو مثل: له فى شياهى دراهم، اللهم إلاّ أن يقال: إنه يحتمل الوعد، كما سبق فى مثله.

أما إذا قال: له فى دراهمى زوجه، فهل ظاهره لزوم إمهارها منها، أو أن ظاهره وعد، احتمالان، والأمر تابع للعرف، فإذا شك كان الأصل عدمه.

ولوقال: له ملكيه خمسه أرباع الدار، أو مائه فى مائتين، أو ما أشبه مما لا يعقل، فهل يقال بأنه اعتراف بالكل والباقى باطل، فهو كالإقرار بالممكن والمستحيل، أو لأنه مستحيل مجموعاً ولم يتعلق به إلاّ إقرار واحد، فالجميع باطل، احتمالان. ولو شك كان الأصل عدم الإقرار.

ومثله ما لو قالت: هذان زوجاى فى الحال الحاضر، أو قال: هاتان الأختان أو الأم والبنت زوجتاى الآن، أو هذه الخمس زوجاتى الآن، ولعل العرف يرى فرقاً بين الأمثله.

وكذا الحال إذا قال: هذان ولداى وأحدهما يساويه عمراً مثلاً، أو قال: أنا قتلتهما، حيث نعلم بأنه لم يقتل أحدهما، أو قال: كلانا قتل الآخر، إلى غير ذلك، مثل: أنا أدخلت فى قبلها، وهى بعد بكر، فهل يقبل بأنه باشرها بغير الوقاع حتى يتحقق ملموسه الأب مثلاً، والله العالم.

ص:٣٣۴

مسأله ۲۲ فی جواب نعم وبلی

(مسأله ۲۲): فی الإقرار المستفاد من الجواب.

قال فی الشرائع: (لو قال: لی علیک ألف، فقال: رددتها أو أقبضتها، کان إقراراً).

وفی الجواهر بلا خلاف أجده فیه، بل عن ظاهر التذکره أنه موضع وفاق، والکفایه نسبته إلی قطع الأصحاب.

أقول: وذلک لأنه ظاهر فی إقراره بالألف، وادعاؤه بأنه رده، وحیث کان الثانی یحتاج إلی الإثبات یحکم علیه حتی یثبت، فله أن یقیم البینه علی ذلک أو أن یحلفه، فإن حلف أخذه، وإن نکل رد الیمین إلی المقر، وقد ذکرنا فی کتاب القضاء احتمال آخر بکفایه النکول فی الإثبات علیه.

ومما تقدم یعلم حکم أمثال هذا الجواب، نحو ابرأتنی منها، أو حولتها لأعطیها لإنسان فأعطیته، أو قضیتها أو ما أشبه ذلک.

أما إذا قال: إن کان علی فقد قضیتها فلیس إقراراً، وله الحق فی أن یقول: لا شیء لک علی، أو لا یجیب عن قول: لی علیک ألف، بأمثال تلک الأجوبه حتی یحول نفسه من المنکر إلی المدعی.

ولوقال: زِنها أو أنقدها أو خذها أو زن أو خذ، لم یکن إقراراً، کما فی الشرائع والجواهر وغیرهما، وعلله الثانی بعدم صدق الإقرار علی مثله عرفاً، خصوصاً بعد قوه احتمال الاستهزاء فی مثل ذلک، نحو: حل کیسک، أو هی میراثک.

وفیه: إن العرف یراه إقراراً، فهو مثل: خذ من فلان واحتسب علی خمساً أو زکاهً، أو اصبر إلی أوان غلتی.

أما احتمال الاستهزاء فلا یعبأ به بعد الظهور فی العدم، إلاّ إذا کانت هناک قرائن تدل علیه، أو تجعل احتمال الاستهزاء والجد متساویین حتی لا یتحقق موضوع

ص:۳۳۵

الإقرار عرفاً، ومن قبيل الاستهزاء ما فی المسالک: شدّ همیانک وهیّء میزانک.

أقول: وکذا إذا قال فی جواب لی علیک: بل لک مائه ألف، ولو قال فی الجواب: نعم، أو أجل، أو بلی، کان اقراراً، کما فی الشرائع، بل بلاـ خلاف أجده ولاـ إشکال کما فی المسالک، وما ذکره النحاه بالنسبه إلی (بلی) موضوع أدبی لا یحمل علی العرف الذی یرون عدم الفرق بینها فی الجواب.

واستدل له المسالک، وتبعه الجواهر بقول النبی (صلی الله علیه وآله): «أترضون أن تکونوا ربع أهل الجنه»، قالوا: بلی.

والظاهر أنه من روایاتنا، فتحویل معلق الجواهر إیاه إلی سنن ابن ماجه[(۱)] غیر ظاهر الوجه، کما ذکرناه مکرراً فی أمثال هذه التعلیقات.

نعم لو استعمل (بلی) الملتزم بالأدب بما لا یقول الأدباء بأنه یدل علی الإقرار قدم العرف الخاص، لأنه لا یعد حینئذ إقراراً.

ولو قال: أنا مقر بما تدعیه، أو متعرف بدعواک، أو بما قلت، أوبما ادعیت، لزم بلاـ إشکال ولاـ خلاف، کما ذکره المحقق وشارحه وغیرهما.

أما قول الشرائع: (لو قال: أنا مقر، واقتصر لم یلزمه لتطرق الاحتمال) فلا یخفی ما فیه، إذ المعیار الظاهر، وظاهر الکلام أنه مقر بما قال، ولو لوحظ تطرق مثل هذا الاحتمال لزم الإشکال فی الأول أیضاً، حیث قال التذکره والدروس وغیرهما فی محکی کلامهم: إن قول المجیب (أنا مقر به) لاـ یکون إقراراً حتی یقول إنه مقر به لک، لأنه لاـ ظهور فی کلامه بدون (لک) أن الإقرار للمخاطب، لجواز إراده الإقرار للغیر، فإنه لاـ فرق فی الجوابین فی تطرق الاحتمال لو کان هو المناط، وإن کان المناط الظاهر ففی کلیهما ظهور عرفی، ولوقیل بما قاله

۱- انظر سنن ابن ماجه: ج۲ ص۵۷۳ الطبعه الأولی بمصر

العلامه والشهيد أشكل حتى فى قوله: (أنا مقر به لك) لاحتمال أن يكون (لك) لأنه طرف الخطاب، مثل ما إذا قال: بعت لك الكتاب، حيث لا يلزم أن يكون هو المشترى، بل يصح أن يكون وكيلاً وما أشبه، فيبقى (أنا مقر) وقد ذكرا أنه ليس باقرار.

وكيف كان، فالأقرب تبعاً للجواهر وغيره أن الأول إقرار، وهو المشهور، بل والثانى أيضاً.

ثم الظاهر أن الإقرار بالإقرار إقرار، كما إذا قال: لى عليك ألف درهم، فقال: سوف أقر بذلك لك، لأنه عرفاً إقرار، وإن لم يقر فى المستقل، وقد نقله الجواهر عن جامع المقاصد والقواعد، بل قيل: يلوح من التذكره والدروس أيضاً.

لكن إذا فسره المجيب بأنه حيث كان وعدنى قرضاً، قلت سوف أقر لك، أى إذا أعطى، لم يبعد القبول، لأنه محتمل احتمالاً متساوياً فليس خلاف الظاهر، وحيث لم يعلم بالإقرار لم يتحقق موضوع إقرار العقلاء.

أما لو قال فى جواب لى عليك ألف: قد أقررت لك سابقاً، فإن ثبت أنه قد أقر فلا كلام، أما إن ثبت أنه لم يقر، فالظاهر أنه ليس بإقرار، لأنه كذب فلا يشمله (إقرار العقلاء).

نعم إن لم يعلم أنه أقر صحيحاً أو لا، حمل قوله على الصحيح، بمقتضى «ضع أمر أخيك على أحسنه».

ولو قال: قد أقررت لك وأنا طفل أو أنا مكره، لم يكن إقراراً.

ولو قيل له: أطلب منك ألفاً، فقال: لست منكراً له، كان إقراراً، كما هو المشهور بين من تعرض له، لظهور الكلام فى الإقرار، وإن كان محتملاً لأن يكون أعم من الإقرار، إذ عدم الإنكار يصلح لأن يكون إقراراً أو متوسطاً لا إنكاراً ولا إقراراً، فإن الاحتمال لا يصادم الظهور.

ومنه يعلم وجه النظر فى استشكال التحرير فى كونه إقراراً، وفى احتمال الشهيدين وغيرهما عدم كونه إقراراً، أما لو قال فى الجواب: لست منكراً ولا

مقراً، لم يكن أقراراً بلا إشكال في عدم كونه إقراراً.

وهل للحاكم جبره بجواب صحيح، الظاهر ذلك إذا طلب منه المدعي، كما ذكروا مثله في كتاب القضاء، وهكذا له الإجبار لو سكت في الجواب.

ولو قال: لست منكراً، لكنه أشار برأسه إلى الإنكار أو ما أشبه مما خالف القول والإشاره، فالظاهر تقدم القول، إلاّ إذا كانت الإشاره قرينه الاستهزاء بالقول أو ما أشبه ذلك، لأن القول أقوى في مدلوله من الإشاره عرفاً، فيقدم عليه.

والظاهر عدم الاحتياج إلى لفظ (له) ونحوه في كونه إقراراً، لأنه إقرار وإن لم يذكر متعلقه، فما صرح به غير واحد من عدم كونه إقراراً لو اقتصر على قوله: لست منكراً من دون ضم (له) غير ظاهر الوجه، ولذا قال في الجواهر: (لا يخلو قولهم من إشكال).

ويؤيده أنه لو قال: (أنا منكر) من دون (له) كان إنكاراً.

ولو قال: (مقر) أو (منكر) بدون الضم أصلاً كان إقراراً وإنكاراً، سواء غلط في إعرابه كالجر لمن لا يعرف، أو لا، للظهور عرفاً، قال سبحانه: ﴿قالوا أقررنا﴾.

ولو قال في جواب: لي عليك ألف، أنا مقر في الجمله، أو ببعضه، أو بأكثره، أو بأقله، أو بمعظمه، أو بما سأبين، أو بنحو ذلك، كان إقراراً في الجمله، لكن هل يقبل تفسيره بمثل واحد في الأول، أو بمثل نصفه وواحد في أكثره ومعظمه، احتمالان، من الصدق لغةً، ومن ظهور الأكثر عرفاً، وربما يؤيد الأول أن (أقله) يشمل حتى لمثل الناقص عن النصف بواحد.

ولو قال في الجواب: أنا أنكر بعض ما ذكرت، أو اعترف ببعض ما ذكرت، كان كلاهما إقراراً ببعض وإنكاراً لبعض.

ولو قال: من أنكر ما ذكرت فعليه لعنه الله، أو من أقر بما ذكرت فعليه كذا، فالظاهر أنه إقرار وإنكار، لأنه المفهوم عرفاً من مثل ذلك.

وكذا لو قال في الجواب: وأي أحد ينكر كلامك، أو يقر بكلامك، إلى

غير ذلك من الألفاظ، مثل: صحيح، كامل، تام، معلوم، مقطوع به، يقيني، لا ينكره إلاّ معاند، وإلاّ من ينكر الحق، وباطل ادعاؤه، كذب، افتراء، تريد أكل مال الناس بالباطل، ونحوها.

قال في الشرائع: (ولو قال: اشتريت مني، أو استوهبت مني، فقال: نعم، فهو إقرار) ، وعليه يترتب على كل منهما حكمه من المطالبه بالثمن وكونه ملكاً بالأصل للبائع والواهب، كما في الجواهر.

وكذلك: تضاربنا، وتساقينا، وتزارعنا، وأخذته جعاله، أو توارثناه، فقال: نعم، كان إقراراً بحصه القائل.

ولو قال: نعم، عند سرقت مني، أو اغتصبت، أو نهبت، أو قالت: تزوجتني بمهر كذا، أو قتلت ابني، أو قطعت إصبعي خطأً، أو قالت: زنيت معي كرهاً، أو ما أشبه، كان إقراراً بالمال حتى في الأخير، حيث إن البضع له ثمن.

ولوقال: اشتر مني، أو اتهب، فقال: نعم، فهو إقرار، كما من الفاضل والكركي وثاني الشهيدين.

وفي الجواهر معللاً له بأن وعده بالشراء منه يقتضي ذلك، لكن لابد وأن يقال: إنه إقرار بالأعم من ملك القائل لاحتمال كونه وكيلاً ونحوه واللفظ أعم، ولذا قال في الجواهر عن بعض الجزم بعدم كونه إقراراً بالملكيه، ولا أقل من الشك والأصل العدم، وقد أيده هو (رحمه الله) لكن لا يخفى عدم الاحتياج إلى الأصل بعد احتمال اللفظ بدون ظهور.

قال في الشرائع: (ولو قال: أليس لي عليك كذا، فقال: بلى، كان إقراراً).

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، وذلك لأن (بلى) نفي للنفي فيكون إثباتاً، لكن الفرق بينه وبين (نعم) أقرب إلى كونه أدبياً لا عرفياً.

وعليه فإذا أجاب بنعم أفاد نفي الشيء، ويشهد لذلك العرف خلافاً لعرف الأدباء، حيث إن نعم عندهم إثبات للنفي، ولذا الذي ذكرناه تردد الشرائع في نعم، قال: (ولو قال: نعم، لم يكن إقراراً، وفيه تردد من حيث

يستعمل فيه الأمران ــ أی نعم وبلی ــ استعمالاً ظاهراً) انتهی.

وقد تقدم أن العبره بالعرف العام لا ـ العرف الخاص إلا عندهم، ویدل علی أنه قد یأتی بلی قوله تعالی: (ألست بربکم قالوا بلی)((۱))، وقد یأتی نعم ما رواه المسالک من قول الأنصار للنبی (صلی الله علیه وآله) وقد قال لهم: ألستم ترون ذلک لهم: نعم((۲))، وأضاف الجواهر علیه قول الشاعر:

ألیس اللیل یجمع أم عمرو

وإیانا فذاک بنا تدانی

نعم وأری الهلال کما تراه

ویعلوها النهار کما علانی

وتفصیل الکلام فی نعم وبلی وأجل وجیر وأی، موجود فی الکتب الأدبیه کالمغنی ونحوه.

ومما تقدم یعرف حال ما إذا جمع الإثبات والنفی فی کلام فأجابهما معاً بنعم أو بلی، کما إذا قال لها: ألست قد طلقت أختک وتزوجتک، فقالت: نعم أو بلی، فإنه تصدیق بنفی ما نفی، وإثبات ما أثبت، أو قال: لا تطلبنی دیناراً وتطلبنی شاه، فقال: نعم أو بلی.

ثم إنا قد ذکرنا فی أوائل الکتاب عدم الفرق فی الإقرار بین أن یکون بما یصطلح علیه بالحقیقه أو المجاز أو الکنایه، وذلک لأن المعیار الظهور، فإذا حصل بأی وجه کان، کان إقراراً، وهذا ما أیده الجواهر قال: (لا فرق فی الإقرار بین الحقائق والمجازات، واحتمال قصره علی الأول لا دلیل علیه، وما اشتهر بین الأصحاب من أن القاعده فی الإقرار الاقتصار علی المتیقن إنما المراد به غیر ما کان من دلاله الألفاظ التی هی حجه فی غیره)، إلی آخر کلامه.

وکیف کان، فالإقرار کما یصح فی المفرد للمفرد، یصح فی الأقسام

۱- سوره الأعراف: الآیه ۱۷۲

۲- مسالک الأفهام: ج۲ ص۱۷۰ السطر الأخیر

الثلاثه الأخر كأن يقول زيـد وعمرو لبكر ـ كل واحـد منهما على حده ـ: أنا أطلبك ديناراً، أو قال أحدهما: أنا أطلبك ديناراً، وقال الآخر: لقد تزوجت بنتى، فقال لهما: نعم، فإنه إقرار لكلا الأمرين.

وكـذلك فى عكسه، بأن كان المقر اثنين وطرفهما واحـد، كما إذا قالت لزوجها: أنت طلقتنى، فقال هو وأخوه الـذى كان زوجاً لها مده: نعم طلقناك كلانا، وهكذا فى ما كان كلا الطرفين متعدداً، كما إذا قال الأخوان لزوجيهما: ألسنا طلقناكما، فقالتا: نعم.

ويصح أن يقوم مقام المتعدد وكيل واحد لهما، يكون إقراره إقرارهما.

ومنه يعلم أنه لو أقر لأحـدهما، أو أقرا لواحـد مردداً، كان الحكم قاعـده العدل أو القرعه أو التصالح كل فى مورده، مثلًا لو قال: يطلبنى أحـدكما ديناراً، قسم بينهما، أو قالا: أحـدنا مطلوب لك بـدينار، أعطاه كل نصف دينار، أو قالا: تزوجك أبونا لأحـدنا، فقالت: نعم، حيث القرعه.

إلى غير ذلك، والله سبحانه العالم.

مسأله ۲۳ لو استثنى منقطعا

(مسأله ۲۳): قال في الشرائع: (في صيغ الاستثناء، وقواعده ثلاث، الأولى: الاستثناء من الإثبات نفي ومن النفي إثبات).

أقول: لا إشكال ولا خلاف في جريان الاستثناء في الإقرار، وهذا هو الذي يقتضيه كون الموضوع يؤخذ من العرف، ولذا ادعى في الجواهر عدم الخلاف في جريانه في الإقرار، بل الإجماع بقسميه عليه.

والاستثناء وإن كان صحيحاً، وإن طال أمده حتى سنوات في بعض الأمور، كالوصيه إذا أوصى بشيء ثم استثنى منه بعضه حتى أكثره، كما إذا قال: أعطوا زيداً عشره، ثم بعد سنوات قال: إلّا تسعه، إلّا أن اللازم مراعاه الإقرار عند العرف، فالتأخير فيه خلاف موازينه عرفاً، و(إقرار العقلاء) يحمل على ما فيه موازينه عندهم.

وكيف كان، فإذا أثبت ثم نفى منه كان الباقي عليه، والعكس بالعكس، من غير فرق بين أن يكونا بألفاظهما، مثل: النفي والإثبات، أو بمثل: (لا) و(ليس) و(غير)، أو بما كان نفيه إثباتاً وبالعكس، مثل: (كاد) و(ما كاد).

قال سبحانه: (لَقَدْ كِدْتَ تَرْكَنُ إِلَيْهِمْ شَيْئاً قَلِيلًا)((۱)).

وقال: (وَمَا كَادُوا يَفْعَلُونَ)((۲)).

قال في الجواهر: بلا خلاف معتد به في أن الاستثناء من الإثبات نفي، بين الخاصه والعامه أجده، بل استفاض نسبته إلى جميع علماء الإسلام، ولا في أن الاستثناء من النفي إثبات من غير أبي حنيفه، والبداهه تشهد بخلافه.

أقول: ومنه يعلم أنه لو جمع المقر بين الإثبات والنفي ثم استثنى منهما بأداه واحده صح، كما إذا قال: أكرم العلماء ولا تكرم السحره إلّا زيداً، وعلم أنه أراد الاستثناء منهما، وفيهما زيد وزيد كانا مستثنيين من كلا الأولين.

۱- سوره الإسراء: الآيه ۷۴

۲- سوره البقره: الآيه ۷۱

قال الشرائع: (الاستثناء من الجنس جائز، ومن غير الجنس على تردد).

أقول: أما الأول: فإجماعی ولا خلاف فیه.

وأما فی الثانی: ففیه نظر، لأنه مستعمل فی القرآن الحکیم وفی لغه العرب وغیرهم بکثره.

قال سبحانه: (لِئَلاَ یَکُونَ لِلنَّاسِ عَلَیْکُمْ حُجَّهٌ إِلاَ الَّذِینَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ)((۱)).

فإن معناه لا حجه إلاّ حجه الظالم، مع وضوح أن ما للظالم لیس بحجه فاستثنی ما لیس من جنس الحجه عن الحجه، ولذا حکی عن القاضی أنه قال: لا نعرف خلافاً فی صحته لغه، ووروده فی کلام العرب والقرآن، والسر أنه استثناء لتوهم الدخول، أو للمشابهه، مثل: (فَسَجَدَ الْمَلاَئِکَهُ کُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ * إِلاَ إِبْلِیسَ)((۲))، مع أنه (کَانَ مِنَ الجِنّ)((۳)) کما فی القرآن الحکیم، فإنه إنما استثنی لأنه حیث کان فیهم شمله الأمر فاستثنی، وکذلک (جاء بنو هاشم إلاّ غلمانهم) إلی غیر ذلک من الأمثله.

قال الشرائع: (یکفی فی صحه الاستثناء أن یبقی بعد الاستثناء بقیه سواء کانت أقل أو أکثر).

أقول: کما هو المشهور، وعن المبسوط والغنیه والسرائر جواز استثناء الأکثر بلا خلاف، إلاّ من ابن درستویه النحوی، وأحمد بن حنبل، وعن نهایه المرام والتنقیح نسبه المنع إلی شاذ، ومرادهم الصحه ولو مجازاً باستهجان، ومراد الأصولیین المنع عن کونه حقیقه أو بدون استهجان، ولذا قالوا

۱- سوره البقره: ۱۵۰

۲- سوره الکهف: ۵۰

۳- سوره الحجر: الآیه ۳۰ _ ۳۱. وسوره ص: الآیه ۷۳ _ ۷۴

استثناء الأكثر مستهجن.

وقال الجواهر: (المراد فى المقام ونحوه الالتزام الذى لا تفاوت فيه بين الحقيقه والمجاز) انتهى.

وعليه يصح استثناء النصف والأكثر، وحيث إن تفاصيل هذه الأمور فى الأدب والأصول لم نسهب فى الكلام حولها.

وكيف كان، فإذا قال: له على عشره إلّا درهم، بالحركات أو الوقف ولم يكن من أهل الأدب، كان اعترافاً بتسعه لظهوره فيه، وكذا لو عكس بأن قال: على إلّا درهم عشره، وقد تقدم أن الغلط لا يضر بالإقرار، وكذا إذا كان من أهل الأدب لكنه تكلم حسب العرف.

أما إذا تكلم حسب الأدب، فإذا نصب الدرهم كان إقراراً بتسعه، وكذا إذا وقف، أما إذا رفع كان إقراراً بعشره، إذ حيث لم يكن استثناءً كان بمعنى غير، فالمعنى عشره هى غير درهم كما قالوا فى (لو كان فيهما آلهه إلّا الله)((1)) فالعشره مرفوعه بالابتداء، فكان وصفها وهو (إلّا درهم) أيضاً مرفوعاً، فالمعنى عشره موصوفه بأنها ليست بدرهم.

ومنه يعلم إن نصب الأديب حق له أن يقول: إنه وصف على القطع.

وفى العكس إذا رفع بعد (إلا) صفه لمقدر، مثل: يطلبنى عشره إلّا درهم، بأن يكون رفع الدرهم على القطع.

وأوضح فى الصفتيه اتباعاً أو قطعاً ما إذا قال: عشره إلا عشرون أو عشرين، سواء نصب عشره أو رفع، لأنه حيث تعذر الاستثناء بقى الوصف، سواء مطابقاً أو مقطوعاً.

قال فى الشرائع: (ولو قال: ما له عندى شىء إلا درهم، كان إقراراً بدرهم، وكذا لو قال: ما له عندى عشره إلّا درهم كان إقراراً بدرهم).

١- سوره الأنبياء: الآيه ٢٢

أقول: ذلک لا فرق فیه بین الأحوال الأربع لآخر درهم فی غیر الأدیب.

أما فیه، فالرفع فی الأول یحتمل الوصف احتمالاً متساویاً فلیس علیه شیء، إذ معناه الشیء الذی یوصف بأنه لیس بدرهم لا یطلبه المدعی، وکذا فی المثال الثانی.

قال فی الشرائع فی المثالین: (ولو قال: إلّا درهماً لم یکن إقراراً بشیء) ووجهه ما ذکره المسالک بأنه (مع النصب یجوز کونه استثناءً من منفی ومن موجب وتقدیرهما هنا معاً صحیح، فالأول بجعله استثناءً من مجموع ما له عشره المنفی فیکون إثباتاً، والثانی بجعله استثناءً من قوله: عشره بدون النفی، ثم إدخال النفی علی مجموع المستثنی والمستثنی منه، فکأنه قال: ما له علی تسعه، وإذا احتمل اللفظ الأمرین لم یتعین أحدهما، والأصل براءه الذمه من لزوم شیء) انتهی.

ومما تقدم یظهر لزوم الخمسه إذا قال: له علی عشره إلّا خمسه، أو لیس له علی عشره إلّا خمسه، إذا کان غیر أدیب فی الأحوال الأربع فی آخر الخمسه.

أما إذا کان أدیباً رَفَع الخمسه احتمل احتمالاً متساویاً أن یکون له عشره، بأن قصد الوصف، فإنه قد یظهر لمثل ذلک فائده.

ص:۳۴۵

مسأله ۲۴ لو قال: له خمسه إلّا اثنين وواحد

(مسأله ۲۴): قال فی الشرائع: (لو قال: له خمسه إلّا اثنين وإلّا واحداً، كان إقراراً باثنين).

وفی الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال.

أقول: وذلك لظهور العطف فی أنه علی المستثنی، فهما راجعان إلی المستثنی منه، أما إذا كان الاستثناء مستغرقاً، مثلاً عشره إلّا خمسه وإلّا خمسه، أو إلّا خمسه وإلّا سته، فالظاهر بطلان الثانی، لأنه من قبيل الإنكار بعد الإقرار، وعلله الجواهر بعدم الخلاف، كما اعترف به غير واحد فی بطلان الاستثناء المستغرق، بل فی الروضه الاتفاق عليه.

نعم لوعقبه ثالث يزيد استغراقه، كما إذا قال فی المثال: إلّا ثلاثه، حيث تستثنی من (الخمسه أو السته) لم يبطل الثانی، وتكون النتيجه فی الأول ثلاثه، وفی الثانی اثنين.

لكن هذا إذا لم يأت فی الاستثناء الثالث بواو العطف، وإلا ـ لم ينفع فی رفع اليد عن غلطيه الاستثناء الثانی، فيكون فی كلا المثالين اعترافاً بالخمسه بعد سقوط الخمسه والسته فی الاستثنائين الثانيين.

قال فی الشرائع: (ولو قال: عشره إلّا خمسه إلّا ثلاثه، كان إقراراً بثمانيه)، والضابط أن فی غير العطف يرجع كل تال إلی متلوه، إذا لم يكن استغراق، وهناك قاعده ثانيه، هی أن تجمع المثبتات والمنفيات، والمقر به هو ما يبقی بعد إسقاط الثانی من الأول، فلو قال: عشره إلّا ثمانيه وهكذا حتی قال: إلّا واحد، لزمه خمسه، فإن المثبت ثلاثون والمنفی خمسه وعشرون، وبإسقاط الثانی من الأول تبقی خمسه.

أما ما ذكره جمله من الأدباء وتبعهم بعض النحاه، من أنه لو قال متصلا بقوله السابق: إلّا واحداً إلّا اثنين، إلی إلّا تسعه لزمه واحد، ففيه: إنه خلاف الظاهر من استثناء كل تال عن متلوه، إذ كيف يمكن استثناء الاثنين التالی للواحد

عن الواحد، ولو قيل: إنه استثناء عن ما قبل الواحد، كان خلاف القاعده، والقول بأن أى مكان يصح الاستثناء عما قبله فهو، وإلا فعن السابق عليه، فيه: إنه خلاف لمتفاهم العرف الذين هم المعيار فى باب الإقرار.

ومن ذلك ظهر الإشكال فى ما ذكره الشهيد من صحه قوله: له على عشره إلّا واحد إلا اثنين إلا ثلاثه إلا أربعه، وهكذا إلى التسعه، فإنه يلزمه واحد، لأن الثلاثه الأول كلها منفيه من العشره لعدم صحه استثناء التالى فيها من متلوه لاستغراقه، إلى آخر كلامه، مما يرجع إلى عدم كونه متفاهماً عرفاً، فهو أشبه بالغلط، مضافاً إلى أنه ليس أسلوب أهل اللغه والأدب، فراجع تفصيل الكلام فى الشرحين وغيرهما.

ثم قد يكون له ظهور عرفى، كما فى المثال الذى ذكره الشرائع بقوله: ولوكان الاستثناء الأخير بقدر الأول رجعا جميعاً إلى المستثنى منه، كقوله: عشره إلا واحداً إلا واحداً، فيسقطان من الجمله الأولى.

ولو قال: يطلبنى نصف ربع خمس أربعين، فإن قرأه مضافاً صار واحداً، وإن قرأ الأولين على الفصل والثالث على الإضافه بأن صار الجميع مضافاً إلى الأربعين صار ثمانيه وثلاثين وهكذا.

ولو لم يعلم أنه كيف قرأ، أو ما مراده فى الكتابه، ولم يمكن الاستفسار أخذ بالأقل، وكذا إذا فسره بالأقل لأصل عدم الزياده.

ولو قال: يطلبنى بقدر عمل سبعه أيام مما عمل شهر منه بمائه، أخرج بحساب الأربعه المتناسبه، وأحياناً يحتاج إلى إعمال الأربعه المتناسبه المركبه.

ص:۳۴۷

مسأله ۲۵ لو قال: له هذه الدار إلّا هذا البيت

(مسأله ۲۵): قال فی الشرائع: (لو قال لفلان: هذا الثوب إلّا ثلاثه، أو هذه الدار إلّا هذا البیت، أو هذا الخاتم إلّا هذا الفص صح، وکان کالاستثناء بل أظهر).

أقول: خلافاً لبعض العامه حیث منعه، لأن الإقرار بالعین نص فیها أجمع فالاستثناء کالإنکار بعد الإقرار، ولأنه غیر المعهود، وفی الأول بعد النقض بالعدد، لأنه أیضاً نص بهذا المعنی، أن قاعده (للمتکلم أن یلحق) تخرجه عن کونه کالإنکار بعد الإقرار، وعدم المعهودیه خلاف ما نراه من العرف، ولذا یصح عکسه أیضاً، کقوله: له ألف دینار إلا کتاباً أو نحوه، حیث إن ظاهره خروج الثمن، ومثله: له هذه الدار إلّا مائه، إلی غیر ذلک من الأمثله.

نعم لو استثنی ما یوجب الاستغراق کان إنکاراً، مثل: له هذه الدار إلا ثلاثه أثلاثها.

وکذا لو قال: لفلان هذه الدار والبیت لی، أو الثلث لی، أو الخاتم والفص لی، کما مثل بما سوی الأوسط الشرائع، وقرره علی ذلک غیر واحد.

ولو قال: له هذه الدار إلّا ثلثها حیث إنها لی، وربعها حیث إنها لولدی الصغیر، قبل وکان للمقر له خمسه من اثنی عشر.

ولو قال: هذه الدار لزید إلّا واحداً، کان من المبهم، حیث لم یعلم أن مراده إلّا بیتاً واحداً، أو سدساً لتعارف إخراج السدس، حیث یقسم أمثال الدار بسته أقسام.

ولو قال: له هذه الشاه إلا یدها أو رجلها، صح فی المقر به والمستثنی، إذ لا مانع من ذلک عرفاً.

وکذا لو قال: إلّا عظامها أو کلیتها أو ما أشبه، وحیث لا دلیل من الشرع فی منعه کان مقتضی إقرار العقلاء شموله له، فتأمل.

قال فی الشرائع: (ومع المنازعه ــ أی بینهما فی مراده من المستثنی المبهم ــ فالقول قول المقر مع یمینه)، وهو کذلک، لأن المقر له مدع الیمین علی طرفه.

ولو قال: له اثنى عشر إلاّ ربعه، كان استثناءً من الجميع.

أما إذا قال: ربع الأربعين إلاّ واحد، فهل هو استثناء من المضاف أو المضاف إليه، احتمالان، لتعارف استعمال كليهما، والله العالم.

ص:٣٤٩

مسأله ۲۶ فی الاستثناء من غیر الجنس

(مسأله ۲۶): قال فی الشرائع: (علی الثانیه ــ أی قوله المتقدم: الاستثناء من الجنس جائز، ومن غیر الجنس تردد ــ إذا قال: له ألف إلاّ درهماً، فإن منعنا الاستثناء من غیر الجنس فهو إقرار بتسعمائه وتسعه وتسعین درهماً، وإن أجزناه کان تفسیر الألف إلیه، فإن فسرها بشیء یصح وضع قیمه الدرهم منه صح، وإن کان یستوعبه قیل یبطل الاستثناء، لأنه عقب الإقرار بما یبطله، فیصح الإقرار ویبطل المبطل، وقیل لا یبطل ویکلف تفسیره بما یبقی منه بقیه بعد إخراج قیمه الدرهم) انتهی.

أقول: حیث إن الاستثناء من غیر الجنس جائز وواقع فی القرآن والسنه وکلام العرب وغیر العرب من القدیم إلی الآن، فإن کان ظاهر له ألف إلاّ درهماً أن المستثنی منه درهم أخذ بإقراره، ولا یقبل تفسیره بغیر ذلک، لأن المناط فی الإقرار الظهور، وإلاّ لکان لکل مقر أن یفسر کلامه بغیر ظاهره، کما تقدم الکلام فی ذلک.

وإن لم یکن ظهور عرفی، وإن کان لتساوی الاحتمالین ولو مع ترجح أحدهما کلف التفسیر، فإن فسره بما لا یکون الدرهم مستوعباً له، وإن کان الدرهم یستوعب أکثره، لما سبق من جواز الإقرار بمثل ذلک، کما إذا فسره بألف زبیبه إذا استثنی قیمه الدرهم منها تبقی مائه، فإن ذلک ممکن، کما إذا کان یطلبه مناً من الزبیب هی ألف، ثم أعطاه درهماً فی مقابل قدره من الزبیب ولم یعلم قدره مثلاً فقال: له علی ألف إلاّ درهماً قبل.

وإن فسره بما یکون الدرهم مستوعباً له، حق له إحلاف الطرف إذا کان ینکره، للإمکان العرفی فی أن لا یعلم قدر الدرهم من عدد الألف، کما فی المثال إذا لم یقبل قوله فی التفسیر المستوعب فهل یبطل الاستثناء، لأنه من الإنکار بعد الإقرار، أو لا یبطل، وإنما یجب أن یفسره بما یبقی منه بقیه بعد إخراج قیمه الدرهم، قولان، کما تقدم فی کلام

المحقق، الثانى مقتضى القاعده، وجعله فى الجواهر غير خال من القوه، قال: (وإن كنا لم نجد قائلاً به قبل المصنف، نعم جزم به الفاضل فى الإرشاد وجعله الوجه فى المختلف، ولا ترجيح فى القواعد ومحكى المبسوط والتذكره والنافع والتحرير وغيرها) انتهى.

ومن ذلك يظهر أن مقتضى القاعده فى تفسير المبهم مطلقاً على خلاف القاعده بأن كان خلاف المبهم، وفى الاستثناء المستوعب والحال والتميز والمفعول المطلق كذلك، لا يبطل التفسير مطلقاً، وإنما يؤمر بتفسير آخر ملائم.

فإذا قال: له على ألف، ثم فسره بخمسه أثواب قيمه كل واحد مائه لم يقبل، لأنه لا يكون ألف درهم ولا ألف شىء آخر، وكذلك إذا قال: له على ألف إلاّ مائه دينار، والمفروض أن كل دينار عشره دراهم، إلاّ إذا قال: بأن أحدهما يطلب الآخر كذا وهو يطلبه كذا ولا يعلم النسبه، فإن له حق الحلف على صاحبه كما تقدم مثله، أو له على مائه جبلا، إلى غير ذلك من الامثله.

ومما تقدم يظهر وجه قول المحقق: (ولو قال: ألف درهم إلاّ ثوباً، فإن اعتبرنا الجنس بطل الاستثناء، وإن لم نعتبره كلفنا المقر ببيان قيمه الثوب، فإن بقى بعد قيمته شىء من الألف صح، وإلا كان فيه الوجهان السابقان) انتهى.

فإن مقتضى ما سبق صحه مثل هذا الاستثناء.

وكذا إذا قال: عشره دنانير إلاّ خمسه دراهم، أو مائه درهم إلاّ ديناراً، وقد أكثر شراح الفاضلين من الكلام حول هذه المسأله بما لا يهم بعد أن عرفت صحه مثل هذه الاستثناءات لغةً وشرعاً وعرفاً.

قال فى الشرائع: (ولو كانا مجهولين كقوله: له ألف إلاّ شيئاً، كلف تفسيرهما).

أقول: فقد يفسرهما وقد لا يفسرهما، وقد يفسر أحدهما مع الترديد فى

الآخر، أو بدون تفسير، فإن فسرهما بشىء معقول قبل، أو بشىء غير معقول استفسر ثانياً، لما تقدم من أن بطلان التفسير لا يوجب رفع اليد عنه مطلقاً، وإن لم يفسرهما كما إذا مات، فإن كان المحتمل بين الأقل والأكثر أخذ بالأول لأصاله البراءه عن الزائد، وإن كان بين المتباينين فقاعده العدل أو القرعه، وأن كان مجهولاً مطلقاً، فالظاهر التصالح القهرى، وقد ذكرنا وجهه فى أواخر شرح العروه.

ومن ذلك يعرف حال جهاله أحدهما مع ترديد تباين، أو أقل وأكثر، أو جهاله مطلقه.

وهل يقبل تفسيره للاستثناء المجهول منهما بالمنقطع، وهل حال ما إذا اقتنع بلفظ (إلا) فقط حال ما جاء بعده بالمجهول، الظاهر فى الأول نعم.

فلو قال: ألف درهم إلاّ شىء، وفسره بالدينار صح، وكذا لوقال: له شىء إلاّ درهم، وفسره بالدينار، لكن يلزم أن يكون من المنقطع المقبول كالمثالين، وذلك لتعارفه، أما إذا كان من غير المقبول لم يقبل، كما إذا قال: له شىء إلاّ جوز، وفسره بالثوب، أو له ألف جوز إلاّ شىء، وفسره بالقلم، وذلك لأن الاستثناء المنقطع له ميزان أيضاً، فكما يصح له دينار إلاّ درهم، أو ألف درهم إلاّ دينار، لا يصح له ثوب إلاّ قلم.

ولذا تنظر الجواهر فى كلام العلامه والشهيد وغيرهما حيث قالوا بالصحه، قال: (حتى حكموا فيما لو قال: له ألف إلا ثوباً، أنه لو فسر الألف بالجوز قبل، ولا يخلو من نظر، لأن فى قبول المجاز فى المنفصل سد باب الإقرار).

أقول: ولعل الأولى فى المنع ما ذكرناه من أنه يلزم أن يكون عرفياً، ولا عرفيه فى مثل هذا المنفصل، كما لا عرفيه فى كلام تجاوز عن الحقيقه، إلاّ إذا كانت هناك علاقه يستسيغها العرف، فإذا قال للشمس المحرقه أسد كان غلطاً،

بخلاف ما إذا قاله للشجاع مثلًا، هذا وإن لم نحصر العلاقات فى بضع وثلاثين وقلنا بصحه كل ما يستسيغه العرف.

والظاهر فى الثانى نعم أيضاً، فإذا قال: له على ألف، أو شىء إلا، سأل عن تفسير ما أخفاه، فقد يفسره بالمعلوم فيكون كحال ما قال: إلّا درهماً، وقد يفسره بالمجهول فيكون كحال ما قال: إلّا شيئاً.

والحكم كذلك فيما إذا كان ما قبل (إلّا) معلوماً، مثل: له على ألف درهم إلّا، وحينئذ فإن جاء بالمجهول الذى يصح قبل، وإن جاء بالمجهول الذى لا يصح أمر بالتفسير الذى يصح، وإن جاء بالمعلوم الصحيح، مثل إلّا درهماً، أو إلّا ديناراً صح، وإن جاء بغير الصحيح منقطعاً لم يصح، وسأل التفسير الصحيح.

ثم إنه مما تقدم تظهر صحه: فلان يطلبنى شيئاً إلّا شيئاً، أو مالاً إلّا مالاً، أو شيئاً إلّا مالاً، وبالعكس، ويؤمر بالتفسير لهما، إذ لا يكفى تفسير أحدهما، ثم إن فسرهما بما يقتضى الاستيعاب كتفسيره لهما بالدرهم لم يصح وأُمر بتفسير صحيح، سواء فسر الأول بذلك أو الثانى.

ص:٣٥٣

مسأله ۲۷ لو قال: له عشره إلّا خمسه إلّا خمسه

(مسأله ۲۷): قال فی الشرائع: (علی الثالثه) ـ أی قوله: یکفی فی صحه الاستثناء أن یبقی بعد الاستثناء بقیه، سواء کانت أقل أو أکثر ـ (لوقال: له علی درهم إلّا درهماً لم یقبل الاستثناء).

أقول: وذلک لأنه من قبیل الإنکار بعد الإقرار بعد کونه مستوعباً.

نعم ذلک إذا کان الدرهم قسماً واحداً، أما إذا کان قسمین أحدهما أکثر من الآخر صح تفسیره بأن المستثنی منه هو الأکثر، کما نشاهد الآن فی دینار الکویت والعراق حیث الثانی أقل، وریالی السعودیه وقطر، حیث الأول أقل.

أما لو ادعی الغلط فی أحدهما بأن قال: أردت أن أقول دینار إلّا درهم، أو درهم إلّا نصف درهم قبل، لأنه اعتراف مقبول، ولا یلزم بإعطاء الدرهم الذی اعترف به أولاً.

نعم لو شک فی صدقه کان علیه الحلف، ولذا قال الجواهر: (لو ادعی الغلط لم یسمع منه إلّا مع القرائن الداله علی ذلک).

ولو قال: له علی درهم ودرهم إلّا درهماً، فالظاهر المستفاد عرفاً أن المستثنی منه درهمین فیصح.

وبذلک یظهر أنه لا ـ وجه لما ذکره الشرائع، حیث قال: (إن قلنا الاستثناء یرجع إلی الجملتین کان إقراراً بدرهم، وإن قلنا یرجع إلی الجمله الأخیره وهو الصحیح کان إقراراً بدرهمین وبطل الاستثناء)، لأنه کثیراً یأخذ الإنسان ویعطی ثم یتذکر قلماً قلماً، والاستثناء عن الجمله الأخیره لیس حتماً، بل إذا لم تکن قرینه، والاستثناء فی المقام یصلح قرینه عرفاً، ولو شک کان الأصل العدم، بل غایه الأمر أن یکون له حق إحلاف المقر.

وقد نقل القول الأول الجواهر عن المبسوط والسرائر، والثانی عن النافع والآبی وغیرهما، ثم قال: (والأولی أن یقال: إن المنساق عرفاً بعد تعذر الاستثناء مما یلیه ومن سابقه استثناؤه من المفهوم عرفاً، وهو الدرهمان، کاستثناء السته من الخمسه

والخمسه فى قوله: له على خمسه وخمسه إلاّ سته، ونظائره التى حكى العضدى فيها الاتفاق على صحته، ومن هنا كان على ما حكى من خيره الخلاف والدروس والحواشى وجامع المقاصد ومجمع البرهان الالتزام بدرهم، ولعله الأقوى لما عرفت) انتهى.

ولو قال: له ثلاثه دراهم ودرهمان إلاّ درهمين، أو إلاّ ثلاثه أو إلاّ أربعه، كان استثناء من المجموع كما يفهم عرفاً، وقول الجواهر فى الأول إنه استثناء من الثلاثه القابله غير ظاهر الوجه، إذ القبول فى الثلاثه لا يصحح الظهور، فهو كأمثاله استثناء من المجموع.

وعلى أى حال، فالنتيجه واحده.

ومثله لو قال: درهمان ودرهمان إلاّ درهمين، وقد وافق هنا الجواهر تبعاً للفاضل مع أن علته هناك تقتضى الخروج من الثانى للقابليه، إلاّ أن يقول: إن الاستيعاب يمنع ذلك.

ولو قال: له ثلاثه إلاّ درهماً ودرهماً ودرهماً، لم يبعد لزوم واحد، إذ الباطل الاستغراق، وذلك لا يحصل ببقاء الواحد.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: (الظاهر لزوم الاثنين وبطلان خصوص الأخير الذى حصل به الاستغراق، وربما احتمل بطلان الجميع، لكن ضعفه لا يخفى) انتهى.

ولذا قال فى القواعد: (احتمل قوياً بطلان الأخير)، وتبعه الإيضاح وجامع المقاصد، كما فى مفتاح الكرامه.

ص:٣٥٥

مسأله ۲۸ لو قال: له هذه الدار ثلثها أو ربعها

(مسأله ۲۸): لو قال: له هـذه الـدار ثلثها أو ربعها، كان اعترافاً بالربع لأنها بـدل اشـتمال، وحيث كان للمتكلم أن يلحق بكلامه ما دام متشاغلاً، لم يكن من الإنكار بعد الإقرار، وحيث لم يعين الثلث كان الأصل عدم الزائد.

ومنه يعلم وجه النظر فى ما ذكره القواعد قال: (ولو قال: له هذه الدار ثلثها أو ربعها، ففيه الإشكال).

ومراده به ما ذكره قبل ذلك بقوله: (منشأ الإشكال كونه رفعاً لمقتضى الإقرار، وكونه صحيحاً من جهه بدل الاشتمال).

وعن الإيضـاح أنه لاـ يقبـل منه، ولاـ ترجيـح عن الحواشـى، لكن فى مفتـاح الكرامه تبعـاً للتحرير وجامع المقاصـد الصـحه، وهو الأقوى كما عرفت.

ولو قـال: هـذا لزيـد وغصـبته من عمرو، فـإن احتمل أنه أخـذه بالقوه من عمرو ــ كما يطلق كثيراً الغصب فى ذلك عرفاً ــ كان عليه أن يعطيه لزيـد، وإن كان لم يحتمل ذلك كان من باب هـذا كله لزيـد وهذا كله لعمرو، حيث إن المشـهور قالوا بأنه يعطيه للأول ويغرم للثانى، ولذا قال فى القواعد فى المثال: (فإنه يلزمه دفعه إلى زيد ويغرم لعمرو على إشكال).

وقـد ذكرنا سابقاً أن مقتضـى القاعـده عـدم الغرامه لعمرو بكله، إما للتنصـيف بينهما لقاعـده العـدل فى الماليات، إلاّ إذا علم فى نفسه أنه سبب خساره عمرو.

وإما عـدم إعطاء عمرو شـيئاً، لأنه باعترافه الأول أنه لزيـد لا يكون الإقرار على نفسه، بل على غيره، فهو كما إذا كان فى يـد زيد وقال: إنه لعمرو.

وقـد نقـل مفتـاح الكرامه عن المبسوط والشـرائع والإرشـاد والتلخيص والإيضـاح عـدم الضـمان، وعن التحرير والـدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد الضمان.

ص:۳۵۶

مسأله ۲۹ فی شروط المقر

(مسأله ۲۹): قال فی الشرائع: (فی المقر، ولابد أن یکون مکلفاً حراً مختاراً جائز التصرف ولا تعتبر عدالته).

أقول: أما التکلیف ففی الجواهر لا إشکال، بل ولا خلاف عندنا فی أن الصبی لا یقبل إقراره ولوکان بإذن ولیه.

وعن التذکره لا یقبل عند علمائنا مراهقاً کان أو لا.

وعنه أیضاً الإجماع علی أنه محجور علیه فی جمیع تصرفاته.

لکن ربما یقال: إن اللازم قبول إقراره فیما یقبل منه کالإسلام والوصیه والعتق والقتل، حیث إنه یملک هذه الأمور فیملک الإقرار بها علی القاعده المعروفه المصطیده، وقد فصل الشیخ المرتضی (رحمه الله) الکلام حولها فی المکاسب، وفی المقام یکون مستند القاعده «إقرار العقلاء»((۱)) الشامل له، والقول بانصرافه عن غیر البالغ لا وجه له، فإذا قال: أسلمت البارحه، عومل معامله المسلم، کما أن الأمور التی تقبل منه کالوصیه لا مانع من نفوذ إقراره فیها.

إذ دلیل الخلاف إما «عمد الصبی خطأ»، وإما انصراف العقلاء عنه، وإما أنه لا یملک، والأول لا یشمل المقام، وقد عرفت الإشکال فی الأخیرین.

وکذلک إذا أقر بالبیع وقلنا بجوازه لقوله: ﴿وابتلوا الیتامی﴾((۲)) الآیه، ولذا أجاز المحقق فی الشرائع بیعه علی کراهه، وتردد العلامه فی حجر القواعد فی صحه بیعه بإذن الولی، وکذلک صرح فی الشرائع بما له أن یفعله کالوصیه صح.

وإشکال الجواهر علیه بضروره عدم التلازم بین صحه العمل وصحه الإقرار، غیر ظاهر الوجه، إذ لو أرید عدم التلازم عقلاً فلیس هو المدعی، وإن أرید التلازم العرفی فنفیه لا وجه له، فإن المناط الظهورات.

ولذا قال المسالک: (لو جوزنا وصیته

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من کتاب الإقرار ح۲

۲- سوره النساء: الآیه ۶

فى المعروف جوزنا إقراره بها، لأن من ملك) إلخ.

وهو المحكى عن التحرير والـدروس وجـامع المقاصـد والروضه ونهايه المراد، وعليه فالأقرب ما ذكره المحقق وبعض آخر، والله العالم.

ولو أقر المجنون مطبقاً، أو أدواراً حال دوره، لم يصح بلا خلاف ولا إشكال، وعليه الإجماع والضروره لعدم شمول الدليل له.

نعم لو أقر حال إفاقته صح بلا إشكال لإطلاق الأدله، واحتمال أن جنونه أثر فى عقله بما أزاله من الاستقامه خلاف الفرض.

وكـذا المكرَه حقيقه أو من زعم أنه مكرَه، بلا إشـكال ولا خلاف فى الأول، بل عن التذكره الإجماع عليه، وذلك لرفع الإكراه، وكذا لا إشكال فى الثانى، لأن الإقرار لم يصدر عن اختيار، فدليل إقرار العقلاء منصرف عنه، كانصراف دليل الإكراه عمن كان مكرهاً ولم يعلم بذلك فصدر عنه الإقرار اختياراً، كما إذا أكره الجابر زيد بن عمرو فظن زيد بن بكر أنه الذى أجبره.

ولو أكره بالأقل فأقر بالأكثر، ففى الجواهر صح لعدم الإكراه فيما أقر به.

أقول: هـذا إذا لم يكن الإكراه سارياً وإلاّ لم يصح، كما إذا أكره الجابر بجعل نصف داره له فى الثبت الحكومى، وحيث لا يقبل ثبت نصف الدار أثبت كل الدار فراراً من عقوبه المكرِه.

ولو أكرهه على الأكثر فأقر بالأقل فهو مكرَه، على ما صرح به غير واحد، كذا فى الجواهر.

أقول: وذلك إذا كان الإكراه بالاقل أيضاً فى ضمن الأكثر، وإلاّ فلا.

والحاصل: كلما كان إكراه بطل، وكلما لم يكن صح.

ثم إن مقتضـى القاعده أن لا يصح الإقرار من المضـطر، كما إذا مرض ولده ولا يبيعه الصيدلى الدواء إلاّ إذا اعترف عند القاضى بأنه يطلب منه ألفاً، وذلك لدليل رفع

الاضـطرار، والفرق بينهمـا أن الإكراه من الغير والاضـطرار من النفس لأجل حاجه لها لا تقضـى إلاّ بقول أو عمل، كما اضـطرت تلك المرأه إلى الزنا لاحتياجها إلى الماء، فرفع الإمام (عليه السلام) عنها الحد.

وكذا إذا زعم الاضطرار، فهو كزعم الإكراه، حيث لا يشمله دليل إقرار العقلاء.

ولو شك فى أنه هل أقر اضطراراً أو اكراهاً أو بدونهما، كان الأصل أنه بدونهما.

وكذا لا يصح الإقرار من السكران الذى سكره شديد يسلب كلامه لا ما إذا كان سكراً خفيفاً ليست له غيبوبه.

وفى مفتاح الكرامه عن التذكره: السـكران الذى لا يعقل، أو لا يكون كامل العقل حال سـكره، لا يقبل إقراره عند علمائنا أجمع، وقال أيضاً: لا فرق عندنا بين أن يسـكر قاصداً أو غيره، ولم يلتفت إلى خلاف أبى على، حيث قال: إن سـكره إن كان من شرب محرم اختار شربه ألزم بإقراره كما يلزم بقضاء الصلاه.

أقول: فيه إن دليل العقلاء منصرف عنه، بخلاف قضاء الصلاه، حيث دل الدليل على ذلك.

قال فى القواعد: (وفى حكم المجنون النائم والمغمى عليه والمبرسم وشارب المرقد)

وفى مفتاح الكرامه: عـدم الخلاف فى عدم قبول إقرار الثلاثه الأول، كما فى التذكره وجامع المقاصد، وزاد الأخير فى معقد نفى الخلاف الغافل والساهى، وزاد فى الدروس الغالط.

ثم إن المبرسم اسم المفعول من البرسام بكسر الباء عله يهذى فيها.

وقـد صـرح بعـدم قبول إقرار شارب المرقـد جامع المقاصـد، وفى الجواهر بلا خلاف أجـده فى شـىء من الأمور المـذكوره، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، ضروره وضوح اعتبار الاختيار من النصوص المتفرقه فى الأبواب والفتاوى فى جميع

الاسباب الشرعيه التى منها الإقرار إلّا ما خرج بدليله، كضمان المتلفات ونحوه.

وفى قرب الإسناد، عن أبى البخترى، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): إن علياً (عليه السلام) قال: «من أقر عند تجريد أو حبس أو تخويف أو تهديد فلا حد عليه»((١)).

وروى دعائم الإسلام، عن على (عليه السلام)، إنه قال: «من أقر بحد على تخويف أو حبس، أو ضرب لم يجز ذلك عليه ولا يحد»((٢)).

ثم إنه حيث كان الاضطرار والإكراه والغلط والسكر وشرب المرقد ونحوها خلاف الأصل، فإذا شك فيها كان الأصل عدمها، وكذا إذا شك فى أنه هل اعترف حال كونه قد خوف أم لا، ولو ادعى المقر ذلك لا يثبت إلّا بالبينه، فإذا لم تكن وأحلف الطرف وحلف كان الحق معه، وإن نكل يبنى على الاختلاف فى أنه هل يحكم بمجرده، أو بعد رد الحلف، كما ذكر تفصيله فى كتاب القضاء.

ومنه يعلم أنه لو شك فى أن جنونه أو سكره أو ما أشبه هل وصل حد سلب الاختيار أم لا، كان الأصل العدم فيقبل إقراره.

وكذا لا يقبل إقرار الغاضب الذى سلب غضبه اختياره لانصراف الدليل، كما عرفت.

قال فى الشرائع: (أما المحجور عليه للسفه، فإن أقر بمال لم يقبل).

قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه.

أقول: وذلك لما دلّ على أن تصرفاته الماليه حجر عليها، فلا فرق بين الإقرار والبيع وغيرهما.

ومثل المال الحق الذى يقابل بالمال، مثل حق الحيازه،

١- الوسائل: ج١۶ ص١١١ الباب ٣ من أبواب الإقرار ح٣

٢- المستدرك: ج٣ ص۴٨ الباب ٣ من كتاب الإقرار ح١

على القول بأنها لا تملّك.

أما ما يمكن أن يقابل بالمال كحق القسم فيصح إقرارها بأنها وهبها لضرتها، لعدم شمول أدله الحجر على مثل ذلك، وكذا إقراره بأنه وهب بقيه المده للمتعه مع أنها كانت قوبلت بالمال، إلى غير ذلك مما محلّه كتاب الحجر، إنما الكلام فى المحجور عليه للسفه.

ففى الشرائع: (إنه إن أقر بمال لم يقبل منه) مطلقاً الكلام فيه، كما تقدم بما يشمل ما بعد فك الحجر، فهل هو كذلك حتى يكون كالطفل والمجنون حيث لا يقبل إقرارهما، لا فى ذلك الحال ولا بالنسبه إلى حال البلوغ والعقل، أم أن الحجر يمنع عن نفوذ إقرارهما حال الحجر، أما بعده فيؤخذ بالإقرار.

صرح المسالك بالأول، قال: وإذا فك الحجر لا يلزم ما أقر به من المال، ونقل عن التذكره أن حاله حال الصبى، فإذا أتلف مال الغير الذى حصل فى يده باختيار صاحبه لم يضمن، ثم قال: والوجه الضمان إن باشر إتلافه.

وحكى عن مجمع البرهان أنه أفتى بما أفتى به المسالك، لكن فى الجواهر: إنه إن تم إجماعاً فذاك وإلّا أمكن المناقشه فيه، لعموم «إقرار العقلاء» المقتصر فى تخصيصه على الحجر عن تعجيل ما أقر به، لا أنه لا يلتزم به حتى لو فك حجره، إذ هو غير مسلوب العباره، ولذا صح بيعه للغير، بل ولنفسه بإذن وليه، ثم قال: اللهم إلّا أن يقال: إن الحجر فى المال لعدم قابليته لحفظ المال، فكل سبب يصدر منه حال سفهه لا أثر له فى الظاهر.

أقول: الظاهر ما يظهر من المشهور من إطلاق عدم الأثر، لأن (العقلاء) فى النص منصرف عنه، ولا ربط لذلك بالضمان إذا أتلف وقبول بيعه.

إذ الأول: لا يختص بغير المحجور، كما عرفت من ضمان الطفل.

والثانى: لا يرتبط بالمال، بل لتقوم أركان العقد من اللفظ والقصد

ونحوهما يكون نافذاً، وكذلك معاطاته على المشهور من صحته، ونكاحه إذا كان بدون مال، كما لو جعل المهر تعليمها سوره، خصوصاً فى المتعه التى لا تستتبع المال.

أما مسأله ضمانه فى الواقع إذا أقر وعلم بأنه مدين كما ذكره الشارحان وغيرهما، فذلك لا يرتبط بالمقام، بل لو علم صاحب الزكاه والخمس أن إقراره ليس عن سفه جاز لهما أداء دينه من سهم الغارمين والخمس ولو فى حال سفهه، إذ السفه لا يسلب العباره كما عرفت، كما أن الحال كذلك إذا كان وقف أو وصيه أو نذر أو شرط لصرف المال فى ديون المدينين، فإن السفيه ليس له ملكه صرف المال ولا يضر ذلك بسائر أموره.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى قول الجواهر قال: (الإنصاف إن لم يكن إجماعاً جواز تصرفاته فى ذمته، لأن الحجر إنما هو فى ماله لا ـ فى ذمته، فيتبع بها حينئذ بعد فك الحجر)، ثم نقل عن مجمع البرهان ما يؤيده، وذلك لأن ظاهر الأدله حجره مطلقاً، فحيث إنه لا ـ ملك له فى الأمور الماليه الشارع حجره مطلقاً حتى فى تصرفاته التى تكون حسب الموازين العقلائيه، ويؤيد ما ذكرناه إطلاق بعض الروايات.

مثل ما رواه أبو الحسين الخادم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله أبى وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره، قال: «حتى يبلغ أشده»، قال: وما أشده، قال: «احتلامه»، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشره سنه أو أقل أو أكثر ولم يحتلم، قال: «إذا بلغ وكتب عليه الشىء جاز عليه أمره إلاّ أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»[(1)](1).

فإن الأمر شامل للمعاملات فى الذمه، وتفصيل الكلام فى كتاب الحجر.

١- الوسائل: ج١٣ ص١٤٣ الباب ٢ من كتاب الحجر ح٥

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف فى أنه يقبل إقرار المحجور عليه فيما عدا المال، سواء كان إقراراً يشمل المال أو لا، كما لو أقر بالطلاق حيث لا مال، أو أقر بالسرقه حيث يثبت الحد دون المال، أو أقرت بالخلع، أو أقر بالنكاح عن مهر، حيث يقبل كلامهما فى أصل الطلاق دون المال، وإقراره فى النكاح دون المهر.

والإشكال بأنه تلازم بين الأمرين فكيف يقبل بعضه دون بعض غير وجيه، لأن ذلك تخصيص فى دليل الإقرار بدليل الحجر، ولا عزه فى التفكيك، كما إذا شهدت امرأه أو اثنتان أو ثلاث بالوصيه، حيث يثبت بعض المال، مع أن الواقع إما وجود الوصيه فالجميع، أو عدمها فالعدم.

ومن ذلك يعرف حال ما إذا أقر ببنوه أو ما أشبه مما يجمع بين المال وغيره، أما لو أقر بقتل الخطأ فهل يقبل مع أن فيه المال، الظاهر ذلك، لأن المال ليس عليه فأدله الحجر لا تشمله، فهو كشهادته فى موضوع تستتبع المال على غيره.

وأولى بذلك لو اعترف بالقتل عمداً أو بجنايه عمديه، حيث يلزم عليه إما القود وإما المال بدلاً، حيث لا يكون ذلك تصرفاً فى المال، وببعض ما ذكرناه ألمع الشارحان وغيرهما.

وقد فصل الفقهاء الكلام حول إقرار المملوك.

أما المفلّس، فقد قال الشرائع: (ويقبل إقرار المفلّس، وهل يشارك المقر له الغرماء أو يأخذ حقه من الفاضل فيه تردد).

أقول: قبول إقرار المفلس هو مقتضى قاعده إقرار العقلاء، لأن الحجر عليه لا على إقراره، وتعلق إقراره بالمال لا يلزم محذوراً حتى يكون فيه محذور.

وعليه فإذا أقر بعين أو دين لاحق على الحجر، لا إشكال فى عدم اشتراك المقر له مع الغرماء فى المقر به، كما إذا أقر بأنه اقترض ديناراً بعد الحجر،

أو قال: إن هـذه العين أخذها من زيد بعد الحجر، فإن ثبت للحاكم ذلك ردها الحاكم إلى صاحب العين، وإن لم يثبت لم يقبل الحاكم قوله بأن أخذها بعد الحجر، فحيث إنه ذو يد عليه ولم يثبت أنها جاءت بعد الحجر كانت كسائر أمواله.

أما إذا أقر بهما وأنهما سابقان على الحجر، فإن كان هناك زياده كانت للمقر، وإلاّ فربما يقال: إن مقتضـى القاعده عدم اشتراكه مع سائر الـديان، وإنما ينفذ إقراره لما بعد فك حجره، حيث يؤخذ منه، وإن كان الظاهر إعطاءه من سـهم الغارمين ونحوه لأجل ذلك فى حال حجره إذا وثق بكلامه، على تفصيل ذكرناه فى كتاب الزكاه.

وعلى أى، فقد اختلفوا فى أنه إذا أقر بعين أو دين سابق هل يشارك المقر به الغرماء أم لا.

قـال فى المسالـك: (منشأ الخلاـف سـبق تعلق حقهم بمـاله فصـار إقراره كإقرار الراهن بتعلق حق الغير بالعين المرهونه، ومن أن الإقرار كالبينه وهى توجب تقديم حق من أقيمت له بعين مشاركه فى الدين).

أقول: ما قيل من مقتضـى القاعده محل نظر، إذ لو ثبت السـبق كان كأحدهم، وقد جرت السـيره على أنه إذا حجر الحاكم فحص عن ديّانه فلا يقسم المال بين المتيقن طلبه عند الحجر.

وعليه، فإذا حصل من إقراره الوثوق كان كأحدهم وإلاّ فلا، فحال الإقرار مع الوثوق حال البينه إذا قامت على سـبق حق سابق، أو أظهر المقر له ثبتاً بالحق يوجب الوثوق أو ما أشبه ذلك، هذا بالنسبه إلى الحاكم.

أما بالنسبه إلى الديان، فإذا علم أحدهم بالحق لزم عليه أن يشرك المقر له بقدر حصته فى حصته، كما إذا كان دينه عشره وماله سته وديانه اثنين، حيث لكل ثلاثه دنانير، فإذا علم أحدهما بدائن ثالث يطلبه بقدر طلبه كان عليه أن

یعطیه دیناراً، لأن دیناراً من الثالث انتقل إلی من علم، فتأمل.

وحیث إن تفصیل الکلام فی هذه المسأله فی باب الفلس نکتفی هنا منه بهذا القدر.

وهل یقبل إقرار المریض من الأصل، أو من الثلث، أو یفصل بین أن أقر للأجنبی وللوارث، أو یفصل بین التهمه فمن الثلث وغیرها فمن الأصل، أو غیر ذلک من الأقوال المذکوره فی کتاب الحجر، أقوال واحتمالات.

وإن کان ربما یقال بالتفصیل بین التهمه وغیرها، لصحیحه العلی بیاع السابری، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن امرأه استودعت رجلاً مالاً، فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذی دفعته إلیک لفلانه، وماتت المرأه فأتی أولیاؤها الرجل فقالوا له: إنه کان لصاحبتنا مال لا نراه إلاّ عندک، فاحلف لنا ما قبلک شیء، فیحلف لهم، فقال: (علیه السلام): «إن کانت مأمونه عنده فیحلف، وإن کانت متهمه فلا یحلف ویضع الأمر علی ما کان فإن لها من مالها ثلثه»((۱)).

وحیث إن تفصیل المسأله مذکوره فی باب الحجر، نکتفی منه بهذا القدر هنا.

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۷۳ الباب ۴۱ من کتاب الأیمان ح۱

مسأله ۳۰ لو ادعی البلوغ بالاحتلام

(مسأله ۳۰): قال فی القواعد: (ولو ادعی البلوغ بالاحتلام فی وقت إمکانه، صدق من غیر یمین وإلا دار).

ونقله مفتاح الکرامه عن التحریر وجامع المقاصد والروضه وقضاء الکتاب وکشف اللثام والإیضاح، وقد نبه علیه فی السرائر والشرائع والإرشاد والتذکره.

أقول: بیان الدور أنه لو توقف بلوغه علی یمینه، وتوقف یمینه علی بلوغه ــ إذ غیر البالغ لا اعتبار بعقوده وإیقاعاته ــ لزم الدور، وحیث إن المتوقف علی الباطل باطل، فلزوم یمینه فی إثبات بلوغه باطل، وحیث لا ـ شیء ثالث بین الأمرین ــ الثبوت بالإقرار المجرد، والثبوت بالإقرار المقترن بالیمین ــ لزم الثبوت بالإقرار المجرد.

هذا ولکن لا یخفی عدم دوران الأمر بین الاثنین، بل هناک ثالث، وهو عدم قبول إقراره ــ إذا لم یثبت بلوغه من الخارج ــ لا بدون الیمین ولا مع الیمین، إذ لا دلیل علی أنه یقبل إقراره بأحدهما.

وعلیه فإذا ثبت بلوغه من الخارج بعلم أو شهره أو بینه فهو، وإلاّ ـ لم یثبت حجیه إقراره، کما أن الأمر کذلک فی مسأله مشتبه العقل، فإنه إذا لم یعلم أنه عاقل أو مجنون لا یقبل إقراره بحلفه أنه عاقل، مع أن مسأله الدور المذکور آتیه هنا أیضاً.

ومما تقدم یظهر وجه النظر فی استدلال مجمع البرهان لقبول ادعاء البلوغ بقوله: (إن دلیل المسأله کأنه الإمکان وظهور الصدق فی المسلمین، وعدم إمکان الإشهاد علیه، مثل قبول انقضاء العده من المرأه وغیره).

ولذا رده الجواهر (لضروره عدم کون الإمکان من الأدله، وظهور الصدق فی المسلمین إنما هو فی البالغ، کقاعده القبول فیها لا یمکن إلاّ من قبل المدعی، بناءً علی تسلیمها التی منها تصدیق المرأه فی الحیض وانقضاء العده، مضافاً إلی ما دل علی تصدیقها فی نحو ذلک) انتهی.

والحاصل: إنه إذا لم يثبت القبول لا حجيه لقوله وعمله، لعدم الدليل على ذلك، فلا يمكن أن يثبت بلوغه بقوله أو عمله، و«ضع أمر أخيك على أحسنه» منصرف إلى البالغ، كما أنه منصرف إلى العاقل، خصوصاً ويؤيده دليل رفع القلم عنه حتى يحتلم، ولا يجوز أمره، وعمده خطأ، حيث إن الموضوع ما لم يتحقق بدليل أو قطع لا يترتب عليه الحكم.

ومنه يعلم أن الصبيه أيضاً فى دعواها الاحتلام أو البلوغ أو الحيض مثله فى عدم القبول لا بدون اليمين ولا معه، ولذا قال فى الجواهر: لا ريب فى اقتضاء القواعد عدمه، وتوهم الإجماع هنا أيضاً كالصبى معلوم العدم.

ولو ادعى أحدهما البلوغ بالسن طولب بالبينه، كما عن الفاضل والشهيدين والكركى وغيرهم، خلافاً لمحكى التذكره، حيث ألحقهما بمدعى الاحتلام لعجزه عن البينه.

وفيه: إن العجز ليس من الأدله، والظاهر أن الشهره كافيه فى الإثبات والنفى، كما ذكروها فى النسب وغيره، وقد رجحنا كفايتها وإن لم تورث العلم فى كتابى التقليد والقضاء وغيرهما، فلا يقيد الشياع بما يفيد العلم.

نعم إذا تمكن المدعى للبلوغ بالاحتلام من إراءه ملابسه الملطخه به مع العلم بأنه له كفى، وهل يجوز الاستمناء لإراءتهم، احتمالان، من أنه محرم، ومن أنه إذا دار الأمر بين الأهم والمهم قدم الأهم، وهذا لا بأس به إذا علمنا الأهميه، كما كشف عن جسم الخنثى فى قصه على (عليه السلام)، وعن عوره العنين.

ومن هنا قال فى الجواهر: (ولو ادعاه بالإنبات اعتبر، لأن محله ليس عوره، كما صرح به غير واحد، بل لو فرض كونه عوره فهو موضع حاجه كرؤيه الطبيب وشهود الزنا).

ص:٣٦٧

أقول: وقد ورد أمر الرسول (صلى الله عليه وآله) الكشف فى بعض حروبه عن الأسرى، كما ورد مسأله كميش الذكر(1)، والظاهر أن المراد به المختون، لأن المسلمين كانوا يختنون بخلاف الكفار، أما ما اشتهر من كبره ففيه نظر.

أما مسأله جعل البلوغ بعلامه خمسه أشبار كما فى بعض الروايات، فلم أر من قال به.

ولو أقر المشتبه بلوغه، ثم قال: إنه لم يبلغ، وقال المقر له: إنه بالغ، كان الأصل مع المقر، فليس تقدم قوله لأنه أخبر بنفسه، ولأنه ذو يد أو نحو ذلك حتى يقال: كما لا يقبل قوله فى البلوغ لا يقبل فى عدمه.

ولو اختلفا بعد تحقق البلوغ فى أنه هل كان حين الإقرار بالغاً، كما ادعاه المقر له، أو لا كما أنكره المقر، كان القول قول مدعى الصحه، لأصاله الصحه إلّا ما علم خروجه.

ولذا قال الجواهر: احتمل تقديم قول مدعى البلوغ لأصاله الصحه.

وفى الدروس وجامع المقاصد: فيه وجهان.

وقد رجحنا فى المكاسب الصحه فى ما إذا باع ثم ادعى عدم البلوغ أو الجنون أوالإكراه أو ما أشبه من المبطلات، وإن كان الاستصحاب يقتضى صحه ادعائه، لأن أصل الصحه حاكم.

وفى مفتاح الكرامه: إن احتلامها وحيضها قد يعرفان بالعلامات قبل العلم بالسن مع الإحبال ثم يعلم السن، وقد ذكرنا فى كتاب (ألف مسأله حديثه) ما لو علم تقدم البلوغ على العلامات الثلاث وأنه يحكم به، لأن العلامات طريق، كما أنه إذا قدمت العلامات حكم به.

وفى القواعد: ولو ادعى زوال العقل حال إقراره لم تقبل دعواه إلّا بالبينه،

١- الوسائل: ج١١ ص١١٢ الباب ٦٥ من أبواب جهاد العدو ح١

ولو كان له حاله جنون فالأقرب سماع قوله.

ونقل مفتاح الكرامه الفرع الأول عن التذكره والتحرير والدروس وجامع المقاصد والروضه.

نعم إذا ادعى المقر أن المقر له يعلم أنه كان مجنوناً حال الإقرار كان له إحلافه.

وإنما لا يقبل قوله بأنه كان مجنوناً حال الإقرار، وكذا ادعاؤه بأنه كان سكراناً أو ما أشبه، لأن الأصل الصحه كما عرفت، فيقدم على استصحاب الجنون إذا كان سابقاً مجنوناً.

أما فرعه الثانى ففيه نظر، وإن وافقه الإيضاح وجامع المقاصد فى محكى كلامهما، إذ حاله الجنون لا توجب رفع اليد عن أصل الصحه، فهل يقولون بذلك إذا كان يشرب الخمر فله حالات سكر فادعى أن بيعه أو نكاحه أو طلاقه أو إقراره أو نحوها كان فى حال السكر، ولذا قال فى مفتاح الكرامه: والحق تقديم قول مدعى الصحه.

وقال فى القواعد: ولو شهد الشهود بإقراره لم يفتقر إلى أن يقولوا طوعاً فى صحه من عقله، وهذا هو المنقول عن التذكره وجامع المقاصد، وذلك لأن الأصل الصحه إلّا أن يقولوا بنقص فيه أو فى عقله، واستدلال بعضهم كذلك بظهور الحال كأنه أراد ما ذكرناه، وإلّا فلا دليل على أن مثل هذا الظاهر حجه.

ومما تقدم يعلم فروع أخرى فى المسائل السابقه، والله العالم.

ص:٣٦٩

مسأله ۳۱ فی شروط المقر له

(مسأله ۳۱): قال فی الشرائع: (شرط المقر له أن یکون له أهلیه التملک، فلو أقر لبهیمه لم یقبل).

وفی القواعد کما عن التحریر والإرشاد جعلوا شرطاً ثانیاً وهو عدم التکذیب.

وعن الدروس والتذکره إضافه شرط ثالث هو تعیین المقر له.

وفی الجواهر الإشکال فی الثانی بإنه لیس شرطاً فی صحه الإقرار علی نحو الأول، بل فی نفوذه فی حق المقر له، وفی الثالث بأنه إذا أقر لمجهول لم یبطل إقراره، لأن المال یصبح حینئذ مجهول المالک.

ولا یخفی أن جعل ذلک شرط المقر له إنما یصح فی الإقرار بالمال، بینما الإقرار لیس خاصاً بذلک کالإقرار بأنها زوجته، وأنه ولده، وأنه قاتل زید، إلی غیر ذلک، ومن المعلوم أن لکل شرطاً خاصاً ککونها خلیه، وکونه غیر معروف الأب، وکونه مجهول القاتل.

وکیف کان، فأهلیه الطرف للملک لا یکفی فی تمامیه الإقرار بالملک، کما إذا أقر بأنه باعه وهو مجنون مثلاً، فإنه وإن کان قابلاً للملک إلاّ أنه لا یصح الإقرار، إذ المجنون لا یمکن أن یکون طرفاً للمعامله.

وعلی أی حال، فإذا أقر لحائط أو بهیمه أو جبل أو شجر أو ما أشبه بأن الشیء الفلانی ملکه لم یصح، وذلک لعدم صحه تملک المذکورات بلا إشکال ولا خلاف، بل بالإجماع والضروره، وقد ذکرنا فی بعض المباحث أن ذلک شرعی، وإلاّ فبعض عقلاء العالم یصححون ملکها، کما نصحح نحن الوصیه لها بإصلاحها بالمال أو ما أشبه، مع أن الملک لیس إلاّ کالوصیه قابل عقلاً لغیر العاقل.

وعلیه فإذا جاء بلفظ ظاهر فی الملک لم یصح، وإذا جاء بلفظ ظاهر فی النذر أو الوصیه أو الوقف له صح، مع اشتماله علی سائر الشرائط، وإن جاء بلفظ محتمل حمل علی الصحه، کما إذا قال: هذا المال مربوط بهذا المسجد، فإذا فسره بعد

ذلك بأنه للمسجد لم يقبل تفسيره، لأنه يعد من الإنكار بعد الإقرار.

قال فى الشرائع: (ولو قال بسببها صح، ويكون الإقرار للمالك، وفيه إشكال، إذ قد يجب بسببها ما لا يستحقه المالك كأروش الجنايات على سائقها أو راكبها).

أقول: أول من ذكر ذلك الشيخ فى المبسوط، كما حكى، قال: إن قال: عليّ بسبب هذه البهيمه ألف درهم، كان ذلك إقراراً بالألف، ومعنى السبب أن يكون الألف تثبت بأرش جنايه منه عليها أو أجره منافعها أو ما أشبه ذلك.

قال فى مفتاح الكرامه: وظاهر شرح الإرشاد لفخر الإسلام الإجماع عليه.

أقول: إذا لم يكن ظهور للفظ السبب فى شيء معين كان مقتضى القاعده أن الألف لازم على المقر لولى الدابه من جهه ما، سواء كان لنفس الولى كالمالك، أو للدابه كالموقوفه، حيث نذر صرفه عليها.

فإذا جهل الحال استفسر ويقبل تفسيره، لأنه لا يعرف إلّا به كسائر الاعترافات المجهوله، فإذا فسره بما يبطله بطل التفسير، كما إذا قال: إنى وهبت الألف للدابه، اللهم إلّا إذا كان محتملاً فى حقه كما إذا كان جديد الإسلام، وفى قانونه صحه ذلك، وإنما يقبل منه لأن دليل اعتراف العقلاء منصرف عن مثله، فهو كما إذا اعترف بأنه يطلبه ألفاً، ثم فسره بأنه من جهه غلبته عليه فى القمار، حيث كان جديد عهد بالإسلام، لا يعلم أن الإسلام لا يعترف بمشروعيه ذلك.

ولو كانا كافرين أو كان المعترف بمال الدابه كافراً نفذ إقراره، لقاعده ألزموهم وغيرها.

ولو قال: لمالكها أو لزيد بسببها على كذا، قال فى الجواهر: (لزمه بلا خلاف ولا إشكال، خلافاً لبعض الشافعيه فأبطله، لأن الغالب لزوم المال بالمعامله التى لا تتصور معها، وهو كما ترى) انتهى.

أقول: إنما يلزم إذا لم يكن مانع عن تصديقه، مثلًا إذا لم يكن لزيد ربط بها إطلاقاً لم يصح لزيد بسببها على كذا، إذ لا شىء يرتبط لزيد بسببها.

وهل مثل هذا الإقرار باطل، أو يلغو لفظه (بسببها)، احتمالان.

الظاهر الأول، إذ هو مثل سائر الإقرارات الباطله حيث قيدت بسبب مبطل، كما إذا قال: يطلبنى ثمن خمره، فإنه لا يقال بأخذ (يطلبنى) ولغو (ثمن خمره)، أو قال: إنها تطلبه أجره زناه بها.

أما الاحتمال الثانى: فهو لأجل أنه من قبيل الإنكار بعد الإقرار، فيبطل الإنكار ويثبت الإقرار.

والظاهر أن من قال بثبوت لزيد على بسببها كذا ملزم، كالقواعد والتذكره ومجمع البرهان وغيرهم، بل عن جامع المقاصد لا كلام فيه، وعن المسالك لا إشكال، أراد ما ذكرناه من الإقرار القابل للصحه، وإن أطلقوا ذلك.

قال فى القواعد: ولو قال بسبب حملها، لم يلزمه شىء، إذ لا يمكن إيجاب شىء بسبب الحمل.

وفيه: إنه إن أمكن الصحه بأن احتمل إسقاطه لحملها أو ما أشبه، لم يكن وجه لعدم القبول، ولذا أشكل عليه فى مفتاح الكرامه والجواهر.

ولو قال: بسبب يدها أو رجلها أو رأسها صح، لإمكان كون الجنايه عليها فى تلك المواضع.

نعم فى الحمل وهذه لو كان الإقرار غير محتمل، كما إذا قال: بسبب حملها علىّ ألف، لم يصح، إذ الحمل لا يسوى أكثر من عشره مثلاً، وهل يبطل الكل أو غير القابل، احتمالان، من أنه إقرار واحد فالبطلان للكل، ومن أنه مثل: له علىّ خمر وخل، حيث لا وجه لبطلان إقرار الخل، ومثله لو قال: له علىّ ألف ثمن خبز واحد، إذ الخبز الواحد بدرهم لا بألف، والظاهر عند العرف

الأول، فلا شيء عليه.

أما لو قال: له على مائه عن زنا حلال، حيث يحتمل أنه كان عن إكراه له، فإنه حيث لا يسقط حقها وضعاً بإكراه مكره له لا مانع من صحه الإقرار، ولو شك فى مكان فى انصراف إقرار العقلاء عن مورد كانت أصاله الإطلاق محكمه.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى رد الجواهر للقواعد، بأنه لو قال لمالك الدابه: على كذا بسبب حملها، توجه عليه إمكان صحه الإقرار وبطلان الضميمه، نحو ما لو قال: له كذا من ثمن خمر أو خنزير أو نحوهما، إذ لا وجه للتبعيض، ولو قيل به لزم القول بمثل: له عشره إلاّ واحد، لاشتراكهما فى أن المتكلم يبطل شيئاً من إقراره بكلام متصل، ويلزم أيضاً أن يكون إذا اعترف بزنا بامرأه بعيده عنه حال الزنا أن يقبل زناه ويترك أنه بتلك المرأه، كما أنه قد ظهر مما تقدم صحه الإقرار لمقبره أو مسجد أو مشهد من مشاهد الأئمه (عليهم السلام) أو أولادهم، أو مشعر من مشاعر الله أو حسينيه أو نحوها، وإن لم يسنده إلى وجه، إذ للإقرار وجه صحه بالوقف أو النذر أو الوصيه أو الشرط، فيصدق عليه إقرار العقلاء.

ولذا رد الجواهر من قال باحتياجه إلى الإسناد إلى سبب صحيح، ونقل عن الإيضاح الإجماع عليه، ووجهاً واحداً كما عن جامع المقاصد، قال: بل لعلها كذلك مع الإطلاق المنصرف عرفاً إلى السبب الصحيح، وإن توقف فيه بعضهم.

نعم إذا أسنده إلى سبب باطل كان اللازم البطلان، فهو مثل أن يقول: هذه زوجتى لأنى استأجرتها إجاره الأملاك، أو اشتريتها فى الحره، حيث يبطل الإقرار، لا أن يبعض، ولو أقر لمقبره النصارى أو ما أشبه فيما لا يقره الإسلام بطل.

ولو قال: للكلاب المحترمه، ككلاب القوافل الزائره ونحوها

صح، بل وكذا للهره، لأن «لكل كبد حراء أجر»، ولا دليل على بطلان الوصيه والنذر ونحوهما لها.

قال في الشرائع: (ولو أقر لحمل صح، سواء أطلق أو بين سبباً محتملاً كالإرث أو الوصيه).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده في صوره التصريح، وعن ظاهر التنقيح الإجماع عليه، بل عن شرح الإرشاد للفخر الإجماع عليه صريحاً، بل ولا إشكال لعموم (إقرار العقلاء)((١)).

أقول: لا فرق بين الإطلاق أو بيان السبب، لإطلاق الدليل، بل الظاهر الصحه وإن لم يكن حمل الآن، كما إذا قال: على لما يحمله آل فلان، أو لحمل فلانه التي ستحمل كذا، فإنه إقرار به، ومن الممكن أن تكون من وصيه له عليه، أو نذر أو وقف أو ما أشبه، ولذا قال الجواهر بالصحه في حال الإطلاق، ضروره الاكتفاء في صحه الإقرار بإمكان صحته، ومراده بالإمكان احتمال الكلام له احتمالاً ـ لا ـ ينافي الظاهر، لا ـ الإمكان العقلي، إذ باب الألفاظ باب الظهورات، لا الإمكانات، خلافاً للفخر في إيضاحه فقال: إن الأصح البطلان، قال: ولم أجد من وافقه عليه، بل المحكي عنه في شرح الإرشاد كالتنقيح نسبته إلى الأصحاب، مشعراً بدعوى الإجماع عليه.

وكيف كان، فإذا أطلق أو ذكر سبباً معقولاً صح وإلا بطل، كما إذا قال: إنه عليه بسبب بيع باعه لنفسه لا بواسطه وليه، إذ الظاهر أنه لو قال: باعه بسبب وليه صح، لعدم المانع بأن يكون للحمل مال بالوصيه والوقف والنذر وما أشبه، وحيث يخاف الولي من بقاء ذلك المال يبدله، واحتمال أنه لا يصح

١- الوسائل: ج١۶ ص١١١ الباب ٣ من أبواب ال إ قرار ح٢

مثل ذلک لانصراف الأدله عنه، غیر ظاهر بعد أن لا انصراف، بل لو قیل به کان بدویاً.

وأما ماتقدم من الجواهر وغیره من عدم بطلان مثل هذا الإقرار، وإنما یبطل فی جزئه غیر الممکن شرعاً، فقد عرفت أن الظاهر بطلان کل الإقرار، کما إذا قال: یطلبنی دینار من ثمن خمر اشتریتها منه.

ومن ذلک یعلم وجه النظر فی قول المحقق: لو نسب الإقرار إلی السبب الباطل کالجنایه علیه، فالوجه الصحه نظراً إلی مبدء الإقرار وإلغاءً لما یبطله، وهذا هو المحکی عن العلامه والمحقق الثانی والشهیدین، بل فی المسالک إنه الأشهر، وکأنهم نزلوه منزله الإقرار بالمنافی والاستثناء المستغرق.

وفیه: إنه لیس من المنافی عرفاً، فلیس کالاستثناء المستغرق، ولذا أشکل علیه الجواهر بأن ظاهر العباره فی الفرض اتحاد قصد المتکلم بها، وإن وقع بیانها تدریجاً فلا فرق عرفاً بین سبق الإقرار مسنداً له إلی السبب الباطل، وبین تقدیم ذکر السبب علی الإقرار المسبب به.

ومنه یعلم أن فرق الجواهر بین ذلک وبین ما تقدم منه (من ثمن خمر) بأن فی الحمل لیس اعترافاً بخلاف (من ثمن خمر) من جهه اعترافه بکونه بالثمن الظاهر فی المعاوضه المحموله علی الصحه، فیکون کالمعترف بها مدعیاً فسادها. أما لو قال: له علی رطل خمر مثلا، أو له علی خنزیر، لم یلتزم بشیء، محل نظر إذ لا فارق عرفاً بین الأمثله فی أن العرف یراها مطلباً واحداً، فالکل باطل فی (رطل خمر وخنزیر)، وفی (من ثمن خمر).

وکیف کان، فیؤید ما ذکرناه من أن الاعتراف بالجنایه علی الحمل لا یصح، ما ذکرناه فی کتاب القضاء من عدم أخذه (علیه السلام) بأول الکلام حتی

يـأتى بـآخره، فإنه شامل للمقام، وقـد جرت قاعـده أدبيه على ذلك، حيث قالوا: للمتكلم أن يلحق بكلامه ما شاء ما دام متشاغلاً بالكلام.

ولا يخفى أن المراد من الجنايه على الحمل جنايه يعلم عدمها، مثل ما لو قال: فقئت عينه ـ ولم تكن له وسائل هذا اليوم ـ أو ما أشبه.

أما إذا قال: ضـربت أمه ضـرباً مبرحاً سبب عطبه، وظهر بعد الحمل كما قال، أو ظهر بالأشعه صحه قوله، كان من الإقرار المأخوذ به شرعاً.

نعم لو كذّبت الأم، كان كما إذا قال لفلان: عليّ دينار، فقال: لا أطلب منه شيئاً، إذ لما أنكرت الأم كان الأمر كذلك.

ولو قـال: لحمـل المرأه الفلانيه عليّ دينار الآن، فظهر أنها ليست حاملا، أو قال: حيث تحمل، فلم تحمل لم يطالب بشـيء، إذ لم يظهر أنه كـان له، بحيث إذا لم يوجـد انتقـل إلى غيره، مثلاًـ إذا نـذر لحملى بنـتيه على نحو إذا لم تحمـل إحـداهما كـان لحمل الأخرى، كان عـدم الحمل غير ضار بخروج المقر به من كيس المقر، لأنه خارج على كلا الحالين، بخلاف ما إذا نـذر مثلاً لكل حمل نصف دينار، حيث عدم حمل إحداهما يبقى نصف الدينار فى كيس المقر، بل إذا كان على وجه التقييد بأنه إذا لم تحمل إحداهما لم يكن عليه للحمل الآخر شيء أيضاً، لم يكن عليه حتى النصف للحمل الذى وجد.

وعليه فـإذا شـك فى أن عليه هـل كـان النصف على وجه التقييـد أو الإطلاق، ولم يكن ظهور لم يكن عليه حتى النصف، وكان ذلك كما إذا علمنا بنذره فى الجمله ولم نعلم هل هو نذر مطلق أو نذر مشروط لم يحصل شرطه، فإن الأصل هنا العدم، وأصاله عدم التقييد فى النذر لإثبات النصف عليه مثبت.

ثم إن الشرائع قال: (ويملك الحمل ما أقر به بعد وجوده حياً).

أقول: إذا كان الإقرار بحيث يصح حتى بالنسبه إلى الجماد كالإقرار

للمسجد صح للحمل ولو لم تلجه الروح، أو مات بعد أن ولجه، ويكون حال المال إذا لم يولد حياً فى الأول حال ما إذا أقر لمسجد ونحوه فصار موضعه أجمه مثلاً.

أما إذا كان لا يصح الإقرار إلّا بولادته حياً كالإرث، فإذا ولد حياً ثم مات كان إرثاً لورثه الوليد، وإن لم يكن وارث فالإمام بالنسبه إلى المسلم، ومن أعتقد بأنه له إذا كان غير مسلم لقاعده الإلزام.

وإذا ولد ميتاً فإذا كان الإقرار إرثاً لم يرث الحمل، وكان لمن له المال لولا الحمل، وإذا لم يكن إرثاً رجع إلى ذلك المصرف، مثلاً إذا كان نذراً بأنه إذا ولد حياً أعطى له، ظهر بطلان النذر، وإذا كان وقفاً لحمل العائله كان لسائر حملها وهكذا، فإذا كان الإقرار وجهه معيناً فهو، وإذا كان مطلقاً استفسر، وإذا لم يمكن الاستفسار لموت المقر ونحوه عمل بالقواعد الثانويه كالبراءه ونحوها.

وبذلك يظهر وجه النظر فى إطلاق الشرائع المتقدم كظهوره فى قوله بعد ذلك: (ولو أسقط ميتاً فإن فسره بالميراث رجع إلى باقى الورثه، وإن قال: هو وصيه، رجع إلى ورثه الموصى، وإن أجمل طولب ببيانه) انتهى.

ثم لو ولد قطعه لحم حيه، أو بصوره غير انسان، فهل يكون كما إذا كان بصوره إنسان، الظاهر الرجوع فى ذلك إلى دليل الإرث فيما كان إرثاً وقصد الناذر والموصى ونحوهما فيها.

ومما تقدم ظهر الإشكال فيما فى القواعد ومحكى التذكره والتحرير وجامع المقاصد من بطلان الإقرار لو تعذر التفسير لموت المفسر ونحوه كمن أقر لرجل لا يعرف.

قال فى القواعد: (ولو سقط ميتاً، فإن عزاه إلى إرث أو وصيه عاد إلى مورث الطفل أو الموصى، وإن أطلق كلف السبب وعمل بقوله، فإن تعذر

التفسير بموته أو غيره بطل الإقرار، كمن أقر لرجل لا يعرفه).

قال فى مفتاح الكرامه: (ولا مجال للقرعه هنا، إذ ليس من يقرع بينهم لعدم انحصارهم)، ثم علل البطلان بقوله: (لأن الأصل فى المال المقر به أن يكون ملكاً للمقر، وإنما خرج عنه بإقراره للحمل وملك الحمل مراعى بولادته حياً، فكان خروجه عن ملكه مراعى كذلك، فإذا فقد شرط الملك لم يصح الإقرار لأنه كان مراعى فيرجع إلى أصله) انتهى.

ولذا أشكل على القائلين بالخروج عن الملك المسالك ومجمع البرهان فى محكى كلامهما بأن خروجه عن ملكه بالإقرار على كل تقدير فيكون مالاً مجهول المالك.

أقول: بل الإقرار لا يلازم الخروج عن الملك، لأن الخروج أخص، والأعم لا يكون دليلاً على الأخص، فإذا كان وقفاً بيده أو إرثاً من والد الحمل مثلاً أو ما أشبه، لم يكن خروجاً عن ملكه، بل إظهاراً لأنه ملك فلان.

وكيف كان، فإن فسر أو علم وجه الإقرار فهو، وعومل بالمال حينئذ حسب ذلك المعلوم أو المفسِّر، أو نحوهما كالشاهد، وإن لم يعلم فإن كان علم إجمالى عمل حسب قاعده العدل، وإلا كان من مجهول المالك.

قال الشرائع: (ويحكم بالمال للحمل بعد سقوطه حياً لدون سته أشهر من حين الإقرار، ويبطل استحقاقه لو ولد لأكثر من مده الحمل، وهذا هو المشهور).

بل فى المسالك: لا شبهه فى هاتين الصورتين.

وعن مجمع البرهان: لا نزاع فى الصوره الأولى.

وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال فيهما.

وعلل فى الجواهر الصوره الأولى تبعاً لغير واحد: بالعلم حينئذ بوجوده

حين الإقرار، إذ لا يمكن تولده لدون السته لو لم يكن موجوداً، فإن الأقل السته فيتبين صحه السبب المسّوغ له من وصيه أو إرث.

وفيه أولاً: إن الإقرار أعم من كونه للحمل الموجود، إذ قد عرفت أنه يصح مع عدم الحمل، ومع الحمل غير ذى الروح، ومع الحمل معه.

وثانياً: إنه يمكن تولده وحياته حين التولد لدون سته، وإنما لا يبقى المتولد لدونها، لا إنه لا يلد كذلك.

ومنه يعلم وجه النظر فى الفرع الثانى للشرائع وغيره بالبطلان لو ولد لأكثر، وإن عللوه بعدم وجوده حال الإقرار لعدم إمكان تأخره عنها.

ومنه يعلم وجه نظر آخر، إذ الإقرار للحمل لا يلازم كونه من حلال غير شبهه، لصحه الإقرار لولد الزنا وولد الشبهه، ومن يولد بعد أقصى الحمل لا يكون للزوج، لا أنه لا يصح الإقرار له، وكذا إذا ولد لدون سته وبقى.

ثم قال الشرائع: (ولو وضع فيما بين الأقل والأكثر ولم يكن للمرأه زوج ولا مالك حكم له به لتحققه حملاً وقت الإقرار، ولوكان لها زوج أو مولى قيل: لا يحكم له لعدم اليقين بوجوده، ولو قيل يكون له بناءً على غالب العوائد كان حسناً).

قال فى المسالك: (إذا ولدته فيما بين المدتين، فإنه يتعارض هنا الأصل والظاهر، إذ الأصل عدم تعلق العلوق به على أزيد من الأقل وعدم استحقاقه المقر به، والظاهر أنه لا يولد لما دون تسعه أشهر أو عشره أشهر، عملاً بالعاده المستمره، فإن كانت الحامل بعد الإقرار خاليه من فراش يمكن تجدده منه حكم بوجوده، لقوه الظاهر الدال على وجوده حاله الإقرار، وبهذا يحكم بثبوت نسبه لمن كانت فراشاً له)، وقد تبعه الجواهر فى الاستدلال المذكور.

أقول: قد عرفت أنه قد لا يحتاج الإقرار إلى حمل حال الإقرار، وقد لا

يحتاج إلى أن يكون ولد حلال لا عن شبهه.

أما إذا كـان الاـإقرار بحيث إنه لولاـ وجوده الحلاـل لاـ عن شـبهه كـان باطلاًـ فهنـا محل كلام فى أنه لو ولـدت فيما بين الأقل والأكثر، واحتمل العلوق حال الإقرار، سواء كانت ذات زوج حاله أو لا ــ بما لا يضـر بالاحتمال ــ فالظاهر أن الحكم عدم ثبوت الإقرار، إذ الأصل محكم.

والظـاهر الـذى قـالوا بتعـارضه للأصـل لاـ دليل على حجيته، وإقرار العقلاء لا يتحقق إلّا بعـد تحقق موضوعه، فهو مثل ما إذا قال الأـعمى: هـذا يطلبنى، ونجـد بعـد سـاعه هنـاك إنساناً لا نعلم هل أنه كان وقت الإشاره أم لا، فإن (إقرار العقلاء) لا يشـمل مثل ذلک، لعدم العلم بتحقق الموضوع.

نعم يأتى هنا مسأله أصاله الصـحه فى الإقرار، كما إذا باع وشک بعـد ذلک هل كان طرفه بالغاً عاقلاً أم لا، حيث حكموا بإجراء أصاله الصـحه، وهى لا تدع مجالاً لاستصـحاب العدم، وهذا هو المحكى عن الشـهيد فى حواشيه، حيث قال فى مسأله ما لو كان لها زوج أومولى، على ما تقدم من التحقق، إذ الحكم بأنه للمقر له قوى، لأن الأصل فى الإقرار الصحه، للقاعده القائله بأن الإقرار يحمل على الصحه مهما أمكن، ووجوده حين الإقرار أمر ممكن فلا يحكم ببطلان الإقرار بمجرد الاحتمال.

وفيه: إن أصاله الصـحه لا تشـمل مثل ذلک، فإذا شک نفس البائع أنه هل كان له طرف حين قراءه الصـيغه، أولم يكن له طرف، فهـل يحكم بصـحه البيع، أو شـک فى أن ما أجراه مع المرأه هل كان صـيغه نكاح، أو عقـد أخوه مثلاً، فهل يحكم بأنها زوجته، إلى غير ذلک.

وهكـذا لوشک الحاكم فى أنه وقت الإقرار هل أقر لشـجر بالملک أو لإنسان، فهل يحكم بأنه مـديون لذلک الإنسان، ولعله إلى هذا أشار الجواهر

ص:۳۸۰

فی رد الشهید بقوله: (فیه ما لایخفی من عدم قاعده تقتضی ذلک بعد عدم العلم بوجود المقر له، بناءاً علی أنه شرط لصحه الإقرار، بل لولم نقل بشرطیته وقلنا إن الباطل من علم عدم أهلیته للتملک فیبقی المحتمل تحت عموم إقرار العقلاء، کما لو أقر لشبح لا یعلم أنه إنسان أو غیره، أمکن تنقیح عدم وجوده حال الإقرار فیما نحن فیه بأصاله عدم تقدمه، لأنه حادث والأصل تأخره، والعاده بعد تسلیم أنها کما ذکر لا یعمل علیها مع عدم دلیل علی اعتبارها فی مثله، والفرض عدم حصول العلم منها، فالمتجه حینئذ ما ذکره الشیخ وجماعه) انتهی.

أقول: أی ما تقدم عن المحقق بقوله: (قیل) فإنه قول الشیخ ویحیی بن سعید والفاضل والشهید والکرکی کما حکی عنهم.

ولا یخفی أن ما ذکره الجواهر من فروع مسأله مجهولی التاریخ أو معلوم أحدهما، إذ لوکانا معلومین کان خارجاً عن محل البحث.

ص:۳۸۱

مسأله ۳۲ لو كان الحمل متعددا

(مسأله ۳۲): لو كـان الحمـل مسـتحقاً لما أقر به، فإن كان متحـداً اسـتحق الجميع ذكراً كان أو أنثى أو خنثى، حلالاً أو حراماً أو شبهةً.

وهل يستحق حمل الحربى، الظاهر نعم، لأنه مثل غيره فى الاستحقاق، وإنما مال الحربى معرض النهب، لا أنه يسلب عنه الملك، كما ذكرنا تفصـيله فى بعض مباحث الكتاب كالوصيه وغيرها، ولذا لا فرق فى المقام أن يكون الإقرار لنذر أو وصيه أو وقف أو ميراث أو غيرها، بل فى الجواهر بعـد ذكره عـدم الفرق بين الذكر والأنثى والوصـيه والميراث: (عندنا)، ظاهراً فى دعواه الإجماع وهو كذلك، حيث لم أجد مخالفاً، بل أرسلوه إرسال المسلّمات.

وقـال فى مفتاح الكرامه عنـد قول القواعـد: (ولو أقر لحمل فلانه وعزاه إلى وصـيه أو ميراث صـح) بعـد نقله ذلك عن عـده من الكتب: فى شـرح الإرشاد لفخر الإسـلام الإجماع عليه، والإجماع ظاهر التنقيح، وفى المسالك إنه لا إشـكال فيه، بل قد يقال إنه يظهر من الغنيه، بل والجامع الإجماع عليه، واستدل فى جامع المقاصد على ما فى القواعد بالإطباق.

وكيف كان، ففى الشـرائع: (ولو كان الحمل ذكرين تساويا فيما أقر به، ولو وضع أحـدهما ميتاً كان ما أقر به للآخر، لا أن الميت كالمعدوم).

أقول: الإقـرار يقتضـى تسـاوى الاثنين، أو الثلاثه مثلاً من غير فرق بين الاختلاف ذكراً وأنثى وخنثى، أو الاتفاق فى الكل، أو فى البعض، كمـا إذا كـانوا ذكرين وأنثى مثلاً، وذلك لما علّلوه بأن الظاهر التسويه فى كل سـبب اقتضـى التمليك التشـريكى حتى الإقرار إلّا مع التصريح بالتفضيل، ولو كان العكس بأن أعطى للأنثى أكثر من الذكر.

وكيف كان فإذا علم بالتساوى أو لم يعلم التساوى

وعدمه أعطيا متساويين.

وإن علم بعدم التساوی، إما لأنه اعترف بأنه إرث غیر متساو ـ فی قبال الإرث المتساوی کالأخوه من الأم ـ أو وصیه کذلک أو ما أشبه، عمل بما ظهر من زیاده الأنثی أو الذکر زیاده بقدر أو حسب اختیار أحد، کما إذا کانت الوصیه لهما یقسم بینهما حسب رغبه القیم بتفاوت غیر محدد.

ولو علم أنه إرث لکن لم یعلم أنه متساو أم لا، فالظاهر التساوی لأصاله عدم الزیاده.

ولو علم عدم التساوی لکن لم یعلم هل الذکر یأخذ الأکثر أو الأنثی کان التساوی أیضاً للقاعده المذکوره، کما لو علم أن هذه الدار لزید وعمرو وعلم أن لأحدهما ثلثها وللآخر الثلثین فإنه حیث لا طریق إلی ذلک کان مقتضی القاعده التساوی، ویؤیده دراهم الودعی، وقد ذکرنا مکرراً أن قاعده العدل مقدمه علی القرعه.

أما ما ذکره المحقق فی الفرع الثانی، فالظاهر أن ما ذکره الجواهر علیه هو مقتضی القاعده، قال: (إن ما أقر به للآخر إنما یصح إذا کان جهه الاستحقاق الوصیه للحمل کیف کان، أو الإرث بالولاده مع انحصار الإرث بالحمل. أما إذا کانت الوصیه مفصله علی وجه تکون الوصیه لأحدهما لا یرجع إلی الآخر، أو کان إرثاً بجهه لا توجب الانتقال إلی الآخر بأن کانا أخوین لأم لا ثالث لهما من جهتهما، فحیاتهما توجب لهما الثلث ولأحدهما خاصه السدس، فلا یکون ما أقر به للآخر مطلقاً)((١)).

وقد أخذ ذلک من المسالک، وذکره أیضاً غیرهما.

ومنه یعلم أنه لیس ذلک خاصاً بالإرث والوصیه، بل الوقف وغیره أیضاً کذلک.

قال فی مفتاح الکرامه عند قول القواعد: (ویکون بین الذکر والأنثی نصفین): (لعل المراد من عباره الکتاب أن ذلک عند تعذر الاستعلام فیکون شامله

١- ان ظر جواهر الکلام: ج٣٥ ص١٢٨

للإرث والوصيه، وإلا فمن المعلوم بالضروره أن الذكر والأنثى يتفاوتان فى الإرث، لكن التساوى هنا أيضاً مشكل لإمكان كون السبب الإرث فلابد من الصلح).

أقول: إذا كان ذكر وأنثى إرثاً، ولم يعلم هل هما متساويان أو متفاضلان، كان معناه الشك فى أنه هل للولد اثنان وللبنت واحد أو لكل منهما واحد ونصف، ومرجع ذلك إلى اليقين بأن الولد كان له واحد ونصف والشك فى أن له نصف آخر أو أنه للأنثى، فالنصف المردد بينهما يقسم حسب قاعده العدل، فللذكر واحد وثلاثه أرباع، وللأنثى واحد وربع، فهو كما يعطى للخنثى كذلك، ولكن ذلك بعد الفحص كما لا يخفى.

قال الشرائع: (وإذا أقر بولد لم يكن إقراراً بزوجيه أمه)، وعلله الجواهر وغيره باحتمال وطئ الشبهه والإكراه.

أقول: بل باحتمال عدم الوطئ أصلاً بجذب الرحم، أو الانتقال إلى الوالده بالمساحقه، كما اتفق فى زمن على (عليه السلام).

وفى المسالك: هل يلزمه بإقراره مهر المثل، قولان، أقربهما ذلك لاستلزام تولده منه الوطى عاده، ولحوقه به يقتضى كون الوطى شبهه وهو يوجب مهر المثل.

وفيه: بالإضافه إلى ماتقدم من إمكان الولاده بدون وطى، وكون المحتمل إكراهها له على ذلك، أن المهر لا يلازم النكاح لإمكانه بجعل مهر سوره مثلاً.

ومما تقدم يظهر العكس، وهو أنه لو أقرت بولديه ولد لم يكن إقراراً بزوجيه أبيه لها، وكذلك لو أقر بأنها زوجته لم يكن إقراراً بولد أتت به بعد الزواج بما لا يمكن أن يكون من عقد آخر، لإمكان وطى الشبهه ونحوه، وكذلك لو أقرت أنه زوجها لم يكن إقراراً بأن ولدها ولده، وإذا أقر الولد

بأنهما أبواه لم يلزم إقراره كونهما زوجين، إلى غير ذلك من الأمثله.

نعم إذا كان الإقرار لازماً مساوياً لشيء ثبت، أو ملزوماً أو ملازماً ثبت، حيث إن الإقرار كالبينه يثبت أطرافه، وليس مثل الأصل.

ولو قال: هذا ولدى من فلانه زوجتى، أو من فلان زوجى، لم يثبت الزوجيه الآن، كما لم يثبت أنه فى حين الانعقاد كانا زوجين، لاحتمال الطلاق فى الأول، ووطى الشبهه ونحوه فى الثانى.

وهل يثبت الأبوه الشرعيه إذا قال: هذان أبواى أم لا، لاحتمال كونه زنا منهما، لا يبعد الثانى، إذ الأبوه والبنوه ليست تابعه للمشروعيه، ولذا قالوا لا يصح للزانى نكاح المخلوقه من مائه زنا، ولا لولد الزنا نكاح أمه الزانيه، مستدلين بإطلاق الآيات والروايات المحرمه لنكاح البنات والأمهات ونحوهما، وقد ذكرنا فى كتاب النكاح تفصيل ذلك.

ص:٣٨٥

مسأله ۳۳ لو قال: هذا لفلان بل لفلان

(مسأله ۳۳): قال فی الشرائع: (إذا کان فی یده دار علی ظاهر التملک فقال: هذه لفلان بل لفلان، قضی بها للأول وغرم قیمتها للثانی، لأنه حال بینه وبینها).

قال فی الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده فیه، لعموم إقرار العقلاء، وللحیلوله التی سمعتها.

وفیه نظر: إذ إقرار العقلاء لا یصادم العلم، وهذه لفلان بل لفلان معلوم البطلان فی الجمله، لأنها کامله لیست لهذا ولهذا، فهو مثل هذه زوجتی بل أختی، وأنا زوج هند بل أختها، وأنا ابن زید بل عمرو، واشتریت الدار من أبی بل ورثتها منه، إلی غیر ذلک من الأمثله الممنوعه شرعاً أو عقلاً، مثل قول المشرف علی الموت: قتلنی زید بل عمرو، وقول زید: أنا قتلته بل قتله عمرو.

أما مسأله الحیلوله ففیه: إنها فرع الإمکان العقلی والشرعی، وقد عرفت عدم الإمکان، مضافاً إلی أنه لو قال هی للأول، لم یکن إقراره الثانی (علی نفسه) بل علی غیره، فهو کما إذا قال: إن دار فلان لغیره، وأی فرق بین أن تکون الدار فی ید زید أو قالت البینه بأنها له، ثم یقول القائل: إنها لعمرو، دون أن یعترف بأنها لزید.

وبذلک یظهر وجه النظر فیما قاله أبو علی فی محکی کلامه، بأنه إن کان المقر حیاً سئل عن مراده وعمل علیه، وإن کان المقر میتاً کان المقر لهما بمنزله متداعیین لشیء هو فی ید غیرهما، فیأخذه ذو البینه ومع عدمها فالحالف، فإن حلفا اقتسماه.

وعن الدروس لیس بذلک البعید، ونحوه عن ظاهر الحواشی له (رحمه الله)، وکأنه لذا قال فی المسالک: (وربما احتمل عدم الغرم له، لأن الإقرار الثانی صادف ملک الغیر لها فلا ینفذ عاجلاً، ثم علی تقدیر ملکیته لها یلزمه تسلیمه إلی المقر له ثانیاً).

أقول: فی فرعه الثانی نظر، ولا یقاس ذلک بما إذا قال: إن المرأه الفلانیه

ص:۳۸۶

التى هى تحت زيد هى زوجه عمرو، حيث إنه إذا طلقها لم يحق له أخذها إذا لم يحصل الطلاق من الثانى، إذ قوله: إنها زوجه عمرو اعتراف بعدم حقه فى زواجها ما دام لم يطلقها عمرو، بخلاف المقام، فإن اعترافه بأن الدار للأول يناقض اعترافه بأنها للثانى، وجمع النقيضين ـ الأعم من الضدين ـ محال عقلاً وشرعاً، وحيث ثبت الأول لشمول إقرار العقلاء له بلا مانع، لا مجال للثانى، فإقراره الثانى باطل، والإقرار الباطل كما لا يؤثر أثره حالاً، لا يؤثر أثره فى المستقبل.

ومنه يعلم الفرق بين الإقرارين، وبين ما إذا قال فى دار بيد زيد: إنها لعمرو، حيث لا يصح له شراؤها من زيد، ولو ورثها منه لزم تسليمها لعمرو، حيث إن الإقرار وإن لم يكن بالنسبه إلى وقت كونها فى يد زيد، إلاّ أنه بالنسبه إلى وقت كونه بيد نفسه، فهو من قبيل الإقرار بالخمر والخل، حيث ينفذ فيما يمكن، ويبطل فيما لا يمكن.

ومنه يعلم كل أمثال المقام، حيث لا يدع الإقرار الأول مجالاً للإقرار الثانى، مثل زوجت زيداً بنتى فاطمه، ثم قال: بل زوجتها عمرواً، وبعت دارى لزيد بل لعمرو، وهذا الطلاق الذى تلفظت به كان طلاقاً لهند بل لميسون، وهكذا.

وكيف كان، فالأقرب حسب الصناعه بطلان الإقرار الثانى، ومنتهى الأمر أن المال يكون بينهما كما فى سائر الماليات المردده بين نفرين، لأنه إما لهذا أو لذاك، وكذا إذا أقر أحد وكيليه أنه لهذا، والآخر أنه لذاك، لكن إنما يعطى المقر له للأول دون الثانى إذا لم يصدق الأول بأنه كلًا أو بعضاً للثانى، وإلاّ كان من إقرار العقلاء على أنفسهم، كما أن الذين قالوا بأنه يخسر للثانى إنما هو إذا لم ينكر الثانى ذلك، وإلا فهو مثل ما إذا أنكر المقر له، مع

فارق أن فی المقام لیس هناک شیء مجهول المالک، بخلاف الإقرار الذی ینکره المقر له، وقد جری الجواهر علی المشهور فقال تبعاً لبعض آخر: (وکذا لو قال: لزید بل لعمرو بل لخالد، فی الدفع للأول والغرامه لکل من الأخیرین کمال القیمه)((۱)).

وهل المشهور القائلون بذلک فی المالیات یلتزمون باللوازم إذا لم یمکن الجمع فی مورد الإقرار، مقتضی قاعده التزامهم باللوازم مطلقاً ذلک، فإذا قال: هذه زوجتی بل أختها، وجب علیه الإنفاق علیهما، وکذا إذا قالت: هذا زوجی بل هذا، لزوم إطاعتها فی عدم الخروج عن المنزل، إذ المقر به غیر ممکن شرعاً، أما لازمه فلا مانع عنه، إلی غیر ذلک من الأمثله.

وکذا مقتضی التزامهم بأن یدفعه إلی الثانی إذا انتقل إلیه بإرث أو شراء أو نحوهما، أنها إذا قالت: أنا زوجه زید بل زوجه عمرو، أنه إذا طلقها الأول لم یجز لها أن تتزوج بإنسان جدید، بل هی حسب إقرارها للثانی، وقد ارتفع المانع، فلا وجه لأن لا تکون زوجه له بعد العده، أو بدونها إذا کانت یائسه، أو غیر مدخول بها.

وکیف کان، فمقتضی قولهم: إنه إذا قال: لزید وعمرو بل لخالد، أو لزید بل لعمرو وخالد، أن یعطی الکل عیناً أو قیمه لمن أفرده، ویقسم العین أو القیمه لمن جمعهما.

قال فی القواعد فی مثل المسأله: وهل له إحلاف الأول إشکال، وللثانی إحلافه، فإنه إذا قال: لزید بل لعمرو، مدعیاً الاشتباه أو نحوه فی إقراره الأول، حق له إحلاف الأول بأنه لیس له، وذلک لعموم (الیمین علی المنکر) ولا مانع منه، ولذا قواه المحکی عن جامع المقاصد إذا ذکر تأویلاً لدفع إکذاب نفسه کالغلط والنسیان.

أقول: وهو کذلک، بل یجری الإحلاف حتی فیما إذا لم یقر للثانی بأن

۱- جواهر الکلام: ج۳۵ ص۱۳۲

أقر أنه لزيد، ثم كذب نفسه، وأنه كذب عمداً أو غلطاً أو نسياناً أو ما أشبه، لأن كل ذلک ممکن، فيشمله قاعده البينه واليمين، ولذا حق له أن يأتی بالبينه بأنه ليس للمقر له.

وبهذا ظهر وجه النظر فی إشكال القواعد، وإن علله مفتاح الكرامه بأن المقر مكذب لنفسه فی دعواه أنها للثانی بإقراره للأول، وأنه لو نكل امتنع أو رد، إذ لا يحلف لإثبات مال غيره.

أما قول القواعد: إن للثانی إحلافه أی إحلاف الأول، فهو مقتضی القاعده أيضاً، كما عرفت.

قال الشرائع: (وكذا لو قال: غصبتها من فلان بل من فلان)، وعلله الجواهر بأن الإقرار بالغصب من الشخص يستلزم الإقرار له باليد الداله علی الملكيه.

وبذلک يظهر أن إشكال القواعد هنا، ولعله _ كما فی الجواهر _ لعدم التنافی بين الإقرارين، فإن الغصب من ذی اليد صادق، وإن لم يكن مالكاً لأنها قد تكون فی يده بإجاره أو إعاره أو نحوهما فيحكم بها للأول لسبق الإقرار باليد له الداله علی الملكيه، ولا يغرم للثانی لانتفاء ما يدل علی ملكيته.

وفيه: إن الإقرار بالغصب إذا كان دالاً علی الملک ففيهما، فيكون كما قاله المحقق، وإن لم يكن دالاً علی الملک ففيهما فلا وجه للتفكيک.

نعم لو قال: غصبتها من فلان وهی لفلان، لزمه تسليمها إلی المغصوب منه، كما صرح به فی الشرائع، إذ كلامه الثانی من قبيل الاستثناء، وليس نقضاً لكلامه الأول حتی يقال إنه من قبيل الإنكار بعد الإقرار.

وعلی هذا، فإن سلمها إلی أحدهما مع توجيه ذلک بما يبرره لم يكن ضامناً وإلّا ضمن، مثلاً إذا فسره بأنه كان زيد المغصوب منه أستأجرها من عمرو، حيث قال: وهی لفلان، فإذا سلمها إلی زيد لم يكن ضامناً لعمرو، لأن المستأجر

له حق وإن لم يرض المالك.

أما إذا سلمها إلى المالك وكان فى ذلك سلب المالك لحق المستأجر كان ضامناً لحق المستأجر.

أما إذا فسره بأن زيداً غصبها من عمرو، فسلمها لزيد كان ضامناً.

وإذا فسره بأنها وديعه أو عاريه بيد زيد، وسلمها إليه بدون رضى المالك ضمن، وإن سلمها إلى المالك لم يضمن، إذ هما جائزان، فللمالك تسلم المال.

ومن ذلك تعرف وجه النظر فى إطلاق الشرائع: (لزمه تسليمها إلى المغصوب منه).

ولو أقر بأن الملك الفلانى قد وقفه صاحبه، لم يصح له شراؤه، لأنه إقرار على نفسه، فيشمله الدليل، فلا يقال: إنه ليس تحت يده فلا يصح إقراره فله شراؤه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره الشيخ من صحه شراء العبد الذى اعترف بأنه أعتق.

قال فى الشرائع: (ولو أقر أن المولى أعتق عبده ثم اشتراه، قال الشيخ صح الشراء، ولو قيل يكون ذلك استنقاذاً لا شراءً كان حسناً).

أقول: أى إنه صوره شراء فقط، نعم يحق لثالث اشتراؤه، لأنه لم يقر والمالك يده ظاهره فى الملك.

وبذلك يظهر عدم الفرق بينه وبين الإقرار بالوقف الذى ذكرناه، ولا بينهما وبين ما لو قال: فلانه أختى من الرضاعه، ثم أراد نكاحها، وإن فرق بينهما المسالك قائلًا: (لا يمكن من نكاحها، ويجوز شراء العبد، لأن فى الشراء غرض استنقاذه من أسر الرق، وهذا الغرض لا يصل هناك، إذ يمنع من الاستمتاع بفرج اعترف بأنه حرام عليه).

وفيه: ما عرفت، وكأنه لذا نقض عليه الجواهر بأنه يمكن إجراء صوره العقد عليها لغرض من الأغراض وهو غير الاستمتاع بفرجها، وحاصله: إن الصوره ليست مهمه، والحقيقه مهمه فى كليهما فلا فارق.

وكيف كان، فإذا كان أحد الطرفين غير قابل للبايعيه أو البيعيه أو النكاح أو ما أشبه لم يقع واقعاً، وإن كان كلاهما قابلًا وقع، وإن زعم كلاهما الوقوع فى الأول، أو أحدهما أو كلاهما عدم الوقوع فى الثانى، إذ الأمر دائر مدار الواقع لا مدار الزعم.

نعم إذا زعم أحدهما كان له ترتيب الآثار، لأنه يعمل حسب نظره، فإذا علم المشترى أن الشىء وقف وعلم البائع أنه ليس بوقف لم يقع البيع، فإذا اشتراه المشترى لإنقاذه لم يكن بيع وشراء واقعاً إذا كان وقفاً، وكان إذا لم يكن بالنسبه إلى الواقع.

أما بالنسبه إلى الظاهر فالبائع يرتب الأثر من الخيارات وغيرها، والمشترى لا يرتب، وكان للمشترى المقاصه ونحوها، لأن المال بعد له، واسترجاعه المال جائز، سواء كان بعنوانها أو بعضه بعنوان الأرش أو غير ذلك، لأن المال له بعدُ كما عرفت.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كثير من الكلمات، والتى منها قول الجواهر: (يفرق بين الفسخ الواقع من البائع والفسخ الواقع منه، فإن الأول حقيقى وله الإلزام بمقتضاه، بخلاف الثانى فإنه بزعمه ليس كذلك) ((1))، إذ لا حقيقه لأيهما أو حقيقه لكليهما.

ومنه يعلم اندفاع ما جعله الجواهر اندفاعاً، قال: (فمما ذكرنا يظهر لك اندفاع ما يورد على هذا الوجه من أن البيع مركب من الإيجاب والقبول، ولا يتصور الصحه فى جانب والفساد فى آخر، وكيف يكون القابل مستنقذاً

١- جواهر الكلام: ج٣٥ ص١٣٩

والموجب بايعاً، إذ قد عرفت أنه مشتر حقيقه بالنسبه إلى صحه بيع البائع، فجميع أحكام الشراء جاريه عليه من جهه البائع، وإن كان مستنقذاً بالنسبه إلى نفسه) انتهى.

وكذا الكلام فى النكاح والطلاق وغيرهما، فإذا كانت المرأه أخت الرضاعه للرجل بطل النكاح، وإن زعم كلاهما العدم فكيف بأحدهما، وفى العكس يصح النكاح وإن زعم كلاهما البطلان، فإذا علمت الخامسه أن نكاح الرابعه عن رضاع جاز لها أن تقبل نكاح الرجل إياها، وإن زعم الرجل أن نكاحها باطل، أو لم يعلم بالحكم أصلاً.

وكذا إذا شاهد الطلاق غير عادل، لم يخرج عن حبالته، وإن كان عادلاً خرجت، وإن زعما العداله فى الأول، وعدم العداله فى الثانى، إلى غير ذلك من الأمثله.

نعم قد يترتب بعض الأحكام، لا بما أنها أحكام العقد أو الإيقاع، بل لجهه أخرى، كما إذا كانت البنت تعلم أنها أخت الرضاعه للرجل وتزوجها عند جهلها بالحرمه، فإن العقد لا يقع، فإذا علمت ولم يكن لها علاج فى فك نفسها لم يجز لها أن تتزوج بزوج آخر يطأها، حيث إن وطى الأول لها وطى شبهه وهو وطى محترم، نعم يجوز لها النكاح بغيره إذا كان مجرد عقد بدون وطى، فعدم جواز وطيها للثانى ليس لصحه نكاح الأول، بل لمكان وطى الشبهه من الأول، إلى غير ذلك من الأمثله.

ثم إنه إذا أعطى من علم أن الشىء وقف المال بعنوان الاشتراء للمستولى الزاعم أنه ماله، وذلك قربه إلى الله فى فك الوقف، فهل له ارتجاعه إذا تمكن، الظاهر ذلك كما عرفت.

ومنه يعلم وجه النظر فی ما ذکره المسالک فی مسأله اشتراء الحر الذی استعبده شخص: (بأنه إنما افتدی متقرباً إلی الله تعالی باستنقاذ حر، فیکون سبیله سبیل الصدقات، والصدقات لا یرجع فیها)([(۱)](#content_note_393_1))، إذ فیه ما عن الدروس بأن مثل هذا الدفع مرغب فیه للاستنقاذ، ویکون ذلک مضموناً علی الغاصب لظلمه.

أقول: فهو کما أرشی ظالماً لدفع ظلمه عن المؤمنین، قربه إلی الله تعالی، فإن له استنقاذه، فإن دلیل (ما کان لله فلا رجعه فیه) لا یشمل مثل ذلک ولو للانصراف.

وکذلک إذا أعطاه من الزکاه من سهم سبیل الله علی ما ذکروا أنه یصح من هذا السهم، فإن الإنسان إذا تمکن من استنقاذه استنقذه وجعله زکاه، ولذا قال المسالک فی رد الکلام السابق: (بأن المبذول علی وجه الفدیه لا یمنع من الرجوع فیه، لأنه لیس تبرعاً محضاً، والقربه لا تنافی ثبوت العوض، کما لو فدی أسیراً فی بلد المشرکین، ثم استولی المسلمون علی بلادهم ووجد الباذل عین ماله، فله أخذه).

قال فی القواعد: (ولو أقر لزید، فشهد اثنان بسبق إقراره لعمرو، فکذبهما زید فلا غرم).

ونقله مفتاح الکرامه عن حواشی الشهید وجامع المقاصد.

أقول: هنا أمران:

الأول: إن المال لمن، والظاهر أنه لعمرو، حیث إن البینه تثبت الإقرار السابق، فهو کالإقرار السابق وجداناً.

الثانی: إنه علی مبناهم من أنه یخسر للثانی القیمه إذا لم یکذب زید البینه، کان مقتضی کلامهم أن المقر یخسر للمقر له الأول العین، وللمقر له الثانی القیمه.

أما إذا کذبهما المقر له الأول، فلا شیء علی المقر زائداً علی العین، لأن

۱- جواهر الکلام: ج۳۵ ص ۱۴۰

نفس صاحب الحق وهو المقر له الأول، يعترف بأنه لم يكن إقرار من المقر غير إقراره للمقر له الأول، فالمال يثبت لعمرو بالبينه، ولا شيء لزيد على المقر.

ومن ذلك يظهر وجه قول القواعد بعد ذلك، (ولو قال: لا ـ أعلم، دفعها إليهما وكانا خصمين، ولكل منهما إحلافه لو ادعيا علمه).

ص:۳۹۴

مسأله ۳۴ لو قال: عندی ودیعه هلکت

(مسأله ۳۴): قال فی الشرائع: (لو قال: له عندی ودیعه وقد هلکت، لم یقبل، أما لو قال: کان له عندی، فإنه یقبل).

أقول: أما الأول فلأن ظاهر (له عندی) بقاؤها الآن، فدعوی الهلاک من الإنکار بعد الإقرار، ومثله قوله: له عندی ودیعه رددتها أو وهبها لی أو اشتریتها أو أخذتها تقاصاً، إلی غیر ذلک.

اللهم إلّا إذا أمکن عدم التصادم، بأن کانت الودیعه موجوده عنده حال قوله: له عندی ودیعه، وبمجرد قوله ذلک هلکت، فقال: وقد هلکت، کما إذا کان زجاجاً أو خزفاً فوقع من یده بین الکلامین فانکسر، فإنه أمین یقبل قوله، منتهی الأمر الاحتیاج إلی الحلف.

وقد ادعی الجواهر عدم خلاف یجده بین من تعرض له من الشیخ والفاضل والشهیدین والکرکی وغیرهم بالنسبه إلی الفرع الأول، کما ادعی عدم خلاف یجده فی الفرع الثانی بشرط الیمین، ثم قال: (نعم لو فرض استعمال أهل العرف ولو المبتذل للأولی فی معنی الثانیه، ولو علی أن یکون (وقد هلکت) قرینه علی إراده (کان) اتجه القبول أیضاً لما عرفت) انتهی.

أقول: فی عرفنا الحاضر یستعمل اللفظان فی معنی واحد، فاللفظ الأول أیضاً کالثانی فی کفایه الحلف، وکذلک قوله: کانت هذه زوجتی ثم طلقتها، أو هذه زوجتی طلقتها، فلا یقال بالتهافت فی الکلام الثانی، لأن الجمله الثانیه نقض للأولی، وهکذا: هذه أجنبیه نکحتها.

أما إذا أتی فی الجمله الثانیه بالمستقبل، مثل أطلقها أو أنکحها، فلا إشکال فی أنه إقرار بفعلیه الزوجیه وعدمها.

ولو قال: أنا قاتل زید، لم یکن اعترافاً، لأن الفاعل یستعمل للماضی والحال والاستقبال، ولذا ورد: إن الأطفال کانوا یقولون حین رؤیه ابن سعد قبل قتله للإمام (علیه السلام): هذا قاتل الحسین (علیه السلام).

ولو قـال: أنا أمرت بقتل زيـد، وقـد رأيناه مقتولاً، ولم نعلم هل أنه أمر العاقل المختار، حتى لا يكون عليه قصاص أو ديه، أو غير العاقل المختار كالطفل والمجنون والحيوان، لم يمكن الأخذ بكلامه فى القود والديه.

نعم يستفسر، فإن امتنع عن التفسير سجن بما يراه الحاكم صلاحاً.

وكـذلك إذا قـال: إنه زنى بفلانـه، فلم نعلم هـل كان عن إكراه أو اختيار، لكن ربما يقال: إن الأصل عـدم الإكراه، فإنه وإن لم يجر عليه الحد لأن الحدود تدرء بالشبهات، إلّا أن سائر آثار الدخول يرتب عليه.

قال فى الشرائع: (ولوقال: له عليّ مال من ثمن خمر أو خنزير لزمه المال).

أقول: قد تقدم أنه يقبل فى الكافرين بلا إشكال، أما فى المسـلمين فالظاهر عدم قبوله، إذ الكلام واحد فلا يؤخذ ببعضه ويترك بعضه الآـخر، من غير فرق بين أن يقـدم (له مـال) أو يـؤخره، كـأن يقـول: من ثمن الخمر والخنزير له عليّ مـال، ولـذا حكى عن الدروس نسبته إلى (قيل)، وعن مجمع البرهان التأمل فيه، وكذلك عن تلميذه نهايه المرام والرياض.

وعن التـذكره إنه فصـل بين مـا إذا فصل بين (له عليّ مال) وبين (من ثمن خمر)، حيث قال بلزوم المال عليه إجماعاً، وبين ما إذا وصل بينهما، ووجهه أن مع الفصل يكون من قبيل الإنكار بعـد الإقرار، مثل أن يقول: يطلبنى ألفاً، وبعـد يوم يقول: إلّا خمسـين، بخلاف الوصل، حيث يوصل المستثنى بالمستثنى منه.

ومـا ذكرنـاه من قبوله إذا كـان الكلام واحـداً هو مقتضـى القاعـده، إذ ليست الحرمه والحليه ميزان الإقرار، فإذا قيل: هى زوجتى بمهر ألف وقـد افترعتهـا وكـانت أختى من الرضـاعه، يؤخـذ عليه بالمثـل، وإن كان تزويـج أخت الرضاعه محرماً، فإن المال تبع للافتراع لا بالمسمى.

وكذا إذا قال مثله من سائر الاعترافات التى بعضه حرام وبعضه ليس كذلك، فإن العرف يأخذ بكل الاعتراف، فإن كان شىء منه يثبت على المقر أمراً شرعاً ثبت وإلاّ فلا، أما أن يبعض الاعتراف فى جمله أو مفرداته فليس من دأب العرف، ولذا إذا قال: اشتريت منه بمائه خمراً، لا يقال: إن المال عليه، وكذا إذا قال: تطلبنى من زناه بها عشره، لا يقال: إنه اعترف بعشره ويبطل سائر الإقرار.

أما كلام التذكره فليس فى الحقيقه تفصيلاً فى المسأله، إذ ميزان الإقرار الكلام الواحد، ومع الفصل ليس كلاماً واحداً.

كما أن تفصيل بعضهم بين أن يكون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم، وبين أن يكون عالماً، فيعذر الجاهل دون العالم، غير مرتبط بالمطلب، إذ الإقرار بثمن الخمر لا يراه العرف منفكاً بعضه عن بعض حتى يفرق بين الجاهل والعالم.

وبذلك تعرف وجه النظر فى ما ذكره مجمع البرهان من المستند لما ذكرناه، حيث قال فى وجه احتمال عدم ثبوت المال عليه: (من قاعده الإقرار المذكوره فى التذكره مراراً وهى أنه مبنى على اليقين، فكلما لم يتقن لم يلزم بشىء، ولا يخرج عنه بالظن وغيره، ويسمع فيه الاحتمال ولوكان نادراً، ولا شك فى أنه يحتمل كون اعتقاده لزوم الثمن بشرائهما) إلى آخره.

إذ ليس المستند كفايه الاحتمال، فإن المعيار فى الإقرار الظهور لا الاحتمال، ولو صحت القاعده المذكوره لانسد باب الإقرار، كمافى الجواهر، فإن ما ذكرناه مستند إلى أن الكلام يؤخذ كله لا بعضه، لا القاعده المذكوره التى ليست بقاعده فى باب الظواهر، وإن كانت قاعده فى باب العقليات حتى قالوا إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

وبما تقدم يعرف وجه الحكم عند حكام بلاد الإسلام التى تشيع فيها

المنكرات كالزنا والخمر وبيع المحرمات والقمار، حيث يكثر التنازع بين أطراف تناول المحرم فيراجعون القضاه الشرعيين فى فصل منازعاتهم المبنيه على كون المال للمدعى أم لا، فيما كان مدار الدعوى حراماً.

وكذلك النزاع بينهم وبين الكفار فى حرام كانا طرفيه.

أما إذا كان طرفاه كافرين، أو مسلمين من مذهب يعتقدون حليته، فلا ينبغى الإشكال فيه بأى وجه.

أما ما استثناه الجواهر أخيراً بقوله: (نعم لو قال المقر: كان ذلك من ثمن خمر أو خنزير فظننته لازماً لى، وأمكن الجهل بذلك فى حقه، توجهت دعواه وكان له تحليف المقر له على نفيه إن ادعى العلم بالاستحقاق).

ففيه: إنه أى حاجه إلى (فظننته) بعد أن الحاكم يعلم أنهما يعتقدان صحته، بالإضافه إلى رجوع الجواهر إلى ما أشكل عليه قبل أسطر من كلام الجوينى المفصل بين العلم والجهل.

ثم إنه على قول المشهور من لزوم المال ـ خلافاً لما رأيناه من عدم لزوم المال تبعاً لمن عرفت ـ لا فرق فى ذلك بين احتمال الحرمه والحليه فى الشىء المعترف بأنه ثمنه، كالخمر والخنزير إذا احتملا خمراً محترمه وخنزيراً بحرياً.

أما على قولنا ففيه الفرق، فإنه إذا علم أن المراد خمر وخنزير برى لم يؤخذ منه المال، أما إذا احتمل غيرهما أخذ منه المال، لأن أصاله الصحه فى الإقرار يؤخذ بها إذا لم يعلم بخلافها، كما إذا قال: إن المرأه تطلب منه عشره ثمن وقاع واقعها به، فإنه يؤخذ بإقراره إذا احتمل حليه الوقاع، ولعل كلام مجمع البرهان فى قاعدته المتقدمه مشير إلى ذلك.

نعم إن أراد ذلک، کان تطبیق القاعده على الصغرى التی ذکرها محل نظر.

وکیف کان، فکلما احتمل الصحه أخذ بالإقرار.

ونحوه مثل ما إذا قال: یطلبنی ثمن ما باعنی، وإن احتمل أن البیع کان من الکالی بالکالی، أو ما أشبه من البیوع الباطله، إلى غیر ذلک من الأمثله، والله العالم.

ص:۳۹۹

مسأله ۳۵ لو أقر: على شيء ثم قطع

(مسأله ۳۵): قال في الشرائع: (إذا قال: له عليّ ألف وقطع، ثم قال: من ثمن مبيع لم أقبضه، لزمه الألف، ولو وصل فقال: له عليّ ألف من ثمن مبيع وقطع، ثم قال: لم أقبضه قبل، سواء عيّن الجميع أو لم يعينه، وفيه احتمال التسويه بين الصورتين ولعله أشبه).

أقول: الظاهر أن المعيار فيهما العرفيه، فإن كان القطع في الفرع الأول قطعاً طويلاً بحيث يراه العرف إنكاراً بعد إقرار لم يقبل ولزمه الألف، أما إذا لم يكن القطع طويلاً بحيث يراه العرف جمله واحده، لم يكن وجه لعدم القبول، وذلك لأنه مع الانقطاع الطويل يدعى عدم استحقاق التسليم له فلا يسمع.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الشرائع.

وأولى بالنظر ما اختاره الجواهر قائلاً: (لعل الأقوى عدم القبول لو وصل الكلام بتمامه بأن قال: له عليّ ألف من ثمن مبيع لم أقبضه، وفاقاً للفاضل والمصنف في النافع والشهيد في اللمعه والمحكي عن الحلي ويحيى بن سعيد، بل مال إليه غير واحد من المتأخرين، لمنافاه الأخير للأول الذي مقتضاه ثبوت المال في ذمته على وجه يستحق أداؤه عليه)((۱)).

إذ الوجه المذكور لو جرى لزم عدم قبول الاستثناء وسائر مقيدات الكلام، مثل الحال والتميز والزمان والمكان ونحوها، مع أن ذلك خلاف وحده الكلام. فلو قال: زنيت عن إكراه يجب أن نحده، وكذا إذا قال: سرقت ربع دينار عن كافر حربي أو اضطراراً، أوما أشبه ذلك، مع أنه لا يكاد يشك في أنه ليس إقراراً مطلقاً حتى يلزم عليه لازمه، وقد تقدم أنه (عليه السلام) ما كان يأخذ بأول الكلام حتى يأتي بآخره، بل على ذلك جرت السيره.

ولذا كان الشيخ في المبسوط والخلاف ذهب إلى القبول، ومال إليه المسالك، وعن نهايه المرام أنه الأصح،

۱- ان ظر جواهر الكلام: ج۳۵ ص۱۴۴_ ۱۴۵

وعن الكفايه أنه الأقرب.

وتردد فى القواعد قال: (ولو قال: له على ألف، ثم سكت، ثم قال: من ثمن مبيع لم أقبضه، لزمه الألف، ولو قال: له عليّ ألف من ثمن مبيع، ثم سكت، ثم قال: لم أقبضه، احتمل القبول إن سمع مع الاتصال أو التصديق).

أما إشكال الجواهر على من قال بالقبول، بأن كون الكلام جمله واحده لا يقتضى قبول ما يقتضى إبطال الإقرار منها، وإلا لقبل قوله: له على عشره دراهم قضيتها.

ففيه: الفرق، حيث إن (قضيتها) يناقض المقدم، لأن (عليه) لا يلائم (القضاء)، بينما الأمر ليس كذلك بين (عليّ) و(لم أقبضه).

ومنه يعلم وجه الفرع الثانى للمحقق، كما اختاره المبسوط والخلاف والقاضى وغيرهم، وبذلك يضعف وجه تسويه المحقق، وإن تبعه الفاضل والكركى، وقال به الحلى قبله على ما حكى عنهم، والله سبحانه العالم.

ص:۴۰۱

مسأله ۳۶ لو قال: ابتعت بخيار

(مسأله ۳۶): قال فی الشرائع: (لو قال: ابتعت بخيار، أو كفلت بخيار، أو ضمنت بخيار، قبل إقراره بالعقد، ولم يثبت الخيار).

أقول: علله الجواهر بضروره ظهوره فی العرف فی كونه إقراراً ودعوی، وفيه ما لا يخفی، إذ هو كلام واحد، وليس مؤخره يبطل مقدمه حتی يكون من الإنكار بعد الإقرار، فالمؤخر كسائر القيود التی لا وجه فی بطلانها، فلو قال: نكحتها متعةً، أو نقلته إليه نقلاً جائزاً، أو طلقتها رجعياً، أو أمثال ذلک، هل يقال بأن النكاح دائم، والنقل لازم، والطلاق بائن، فإذا لم يقل فی هذه يلزم أن لا يقال فی الفرع المذكور.

ومنه يعلم وجه النظر فی ما ذكره الجواهر بعد كلامه السابق، بقوله: (بل ينبغی القطع بعدم القبول إذا كان المراد منه إفساد ما وقع منه من الضمان والكفاله بذلک، بناءً علی بطلان الشرط المزبور فيهما، ولكونه مجهولاً باعتبار عدم ذكر الأجل)([۱]).

إذ المهم أن ينظر إلی قدر الإقرار ثم يلاحظ الذی يترتب منه، بالإضافه إلی أن الشرط الفاسد ليس مفسداً، وعدم ذكر الأجل غير ضار، فهل يضر لو قال: تمتعت بها أو أسلفت أو ما أشبه، وأی فرق بين هذا الملحق وبين ما قبله كما مر فی بعض المسائل السابقه، والمسأله الرابعه الآتيه وغيرها، فأی مانع من جريان صحيح هشام المتضمن عدم الأخذ بالكلام حتی يتم، هنا مما لا منع من جريانه فی السابق واللاحق مما اختاره.

ولذا الذی ذكرناه قال فی المسالک: (ويحتمل القبول هنا أيضاً، لجواز أن يكون الحق المقر به كذلک، فلو لم يقبل أخل بحكمه الإقرار بالحق الواقع، كما ذكرنا فی نظائره، إلاّ أن الأشهر هنا عدم سماع الخيار، ولو قيل بالقبول كالسابق كان حسناً) انتهی.

ومن تتمه المسالک يظهر وجه النظر فی كلام الجواهر، حيث قال: بلا خلاف

ص:۴۰۲

۱- جواهر الكلام: ج۳۵ ص۱۴۵

أجده قبل الأردبيلى وتلميذه الخراسانى، حيث إن ظاهره الشهره فى القبول، وإن كان الأشهر خلافه.

وكيف كان، فقد عرفت مقتضى القاعده، وكأنه لذا صرح الرياض بالتسويه بين هذه المسأله والمسأله السابقه، وهى قوله: له علىّ كذا من ثمن مبيع لم أقبضه فى الخلاف.

بل من الكلام هنا وفى ما قبله يظهر أنه لو قال: عقدت عليها عقداً فى العده أو فارسياً أو بعت كالئاً بكالئ أو ما أشبه، لزم القبول، لأن الكلام واحد، وليس يعد ذلك من الإنكار بعد الإقرار، ولما ذكره المسالك من أنه لو لم يقبل كان إخلالاً بحكمه الإقرار بالحق الواقع، ويكفى مثل هذه القاعده العقلائيه صارفه لإقرار العقلاء((١)) عن مثل ذلك.

١- الوسائل: ج٢ ص١١١ الباب ٣ من كتاب الإقرار ح٢

مسأله ۳۷ لو قال: له علی دراهم ناقصه

(مسأله ۳۷): إذا قال: له عليّ دراهم ناقصه، صح إذا اتصل بالإقرار كالاستثناء، كذا فی الشرائع، وفی الجواهر بلا خلاف أجده إلاّ عن الإيضاح.

أقول: لكن فی القواعد: (لو قال: له عليّ ألف مؤجله أو زيوف أو ناقصه لم يقبل مع الانفصال، ومع الاتصال الإشكال).

أقول: وجه القبول أنه من تتمه الكلام، كما أشار إليه المحقق، فيشمله صحيح هشام المتضمن عدم الأخذ بالكلام حتى يتم، بالإضافه إلى أن (إقرار العقلاء) لا يشمل بعض الكلام فی غير الناقض أخيره لأوله.

ووجه عدم القبول ما أشار إليه الإيضاح من العمل بأول الكلام، وكون الوصف منافياً للسابق، لاقتضائه الرجوع عن بعضه، فكأنه من الإنكار بعد الإقرار حيث لا يقبل.

وفيه ما لا يخفى، بالإضافه إلى أنه يأتی هنا ما تقدم عن المسالك من عله القبول.

ولا يخفى أن مثل هذا الاعتراف إنما يتم الكلام حوله إذا كانت هناك دراهم ناقصه وغيرها صحيحه، كما فی الزمن السابق، أما مثل زماننا حيث لا توجد الناقصه، فلا مورد لهذا الكلام.

نعم يأتی ذلك فی مثل ما إذا قال: دفاتر ناقصه، أو أقلام ناقصه، أو كتب كذلك، إلى غير ذلك من الأمثله.

ويرجع فی قدر النقيصه إليه بلا إشكال ولا خلاف، كما ذكره غير واحد، بل ادعى الجواهر عدم الخلاف فيه، لأنه المرجع فی مراده، كما فی سائر المبهمات.

نعم لا بد وأن لا يكون النقص بحيث ينصرف عنه إقراره، كما إذا قال: يطلبنی شرح لمعه ناقصه، ثم يأتی بعشره أوراق منه، فإنه لا يصدق عليها أنها شرح لمعه ناقصه.

أما إذا قال: يطلبنی شرح لمعه مثلاً فهل يصح إعطاؤه ما ورق منه ناقص أو ما أشبه، أو يلزم إعطاؤه الكامل، احتمالان، من الصدق، ومن الانصراف

إلى الكامل.

ثم هل اللازم أن يعطيه المجلدين فيما كان مجلدين، أو أكثر فى الأكثر، أو يكفى إعطاؤه ولو مجلداً، احتمالان، لا يبعد الانصراف إلى الكامل، كما إذا قال: اشتر لى شرح لمعه، أو بعتك شرح لمعه، أو ما أشبه ذلك، إلاّ إذا كانت قرينه.

أما فيما يصدق الاسم على قليله وكثيره كالماء والخبز، جاز أن يعطيه القليل للصدق، إذا لم يكن انصراف كقطره ماء.

ومما تقدم ظهر أنه لو قال له: يطلبنى قرآن، لزم إعطاؤه قرآناً كاملاً فلا يقال: إنه صادق على القليل أيضاً، ولذا يقال: قرأت القرآن، لمن قرأ سوره، إذ المعيار الانصراف العرفى، لا الصدق دقه، فإن المناط فى باب الإقرار العرف الذى يأخذ الكلام بظاهره.

نعم فى مثل الإقرار بالكتاب والقلم والقرآن، لا فرق بين أى طبعاته أو مخطوطاته، كما لا فرق بين الغالى والرخيص منها، كالفاكهه والثوب والأثاث وغيرها.

هذا، ولو قال: دراهم، أو أقلام، أو دفاتر، ثم مع فصل لا يعدّ كلاماً واحداً، لا ما إذا وصل بين الكلام وما أشبه، قال: (ناقصه) لم يقبل، لأنه ليس كلاماً واحداً، والناقص خلاف المنصرف من الإطلاق، بل نقل مفتاح الكرامه عن جامع المقاصد أنه قال: لا بحث فى عدم القبول.

ثم إنه لا إشكال فى كفايه الناقصه، أى نقص كان، فيما إذا قال: له علىّ شاه ناقصه، ويطلب منه التفسير فى أن نقصها فى العين أو الأذن أو الليه أو غيرها.

أما إذا لم يقل ناقصه، فهل يقبل منه إعطاؤه الناقصه نقصاً قليلًا، كخسف عين أو شق أذن أو عرج قليل أم لا، احتمالان، من جهه عدم بُعد صدق المطلق لعدم اعتناء العرف بهذه الأمور الجزئيه حتى يرى الانصراف.

أما إذا أعطاها مقصوص الشعر والصوف والوبر واللبد فى العنز والشاه

والإبل والفرس، فالظاهر عدم الإشكال فی الصحه، للصدق عرفاً إلاّ إذا کان لهم عرف خاص.

وفی الاعتراف بالسیاره والغساله والبراده والمدفئه وما أشبه إن سلمه معطبه عطباً قلیلاً لا یراه العرف خلاف إقراره کفی، وإلاّ لم یکف.

وفی مثله یصح له أن یرفع عطبها ثم یسلمها إلیه.

وفی الاعتراف بالکتاب یکفی إعطاؤه غیر مجلد، وغیر مخیط، مجتمعاً، أما إذا أعطاه أوراقاً مبعثره، فالظاهر عدم صدق الکتاب علیه.

وإذا سلم الشاه ونحوها مریضه أو هرمه، فالظاهر الکفایه إذا لم یکن مرضاً ینصرف عنه الإطلاق، کما أنه لا یکفی تسلیمه مذبوحه، وبالأولی میته للانصراف.

ولو شک فی الصدق، أو اختلف العرف فی الموارد المذکوره لم یکف، لأنه یلزم تسلیمه بما یصدق عرفاً، وذلک لیس کذلک.

وهل یصح تسلیم الکتاب والشاه والسیاره وغیرها مرهونه أو مستأجره أو ما أشبه، الظاهر لا، إلاّ إذا کان الرهن والإیجار قلیلاً لا یضر بالصدق.

وهل اللازم أن یکون ما أعترف به فی بلد المقر أو لا، مثلاً اعترف فی النجف بأنه یطلبه کتاب مکاسب، ثم یفسره بأنه سلمه فی کربلاء فلیس علیه أن یسلمه فی النجف، أو أن الدار التی أعترف بها فی طهران ـ وهناک التضخم ـ إنما قصد الدار فی همدان، وهناک التنزل، الظاهر اتباع العرف فی أن ما أقر به هل ینصرف عن ذلک أم لا، فإن لم یکن انصراف صح، وإلاّ لم یصح، ولو شک فی الصدق من جهه الشک فی الانصراف لم یکف کما عرفت.

ومما تقدم ظهر أنه لو اعترف بساعه أو سیاره أو ما أشبه، حق له أن یفسره بالکبیره والصغیره والمتوسطه، الجملیه وغیرها، المریحه وغیرها، الیدویه والجداریه والجیبیه فی الساعه، وغیرها، إلی غیر ذلک من مختلف الأقسام المصنوعه فی أی بلد وفی أی عام، للإطلاق الشامل لکل ذلک، إلاّ إذا کان انصراف لعرف خاص.

ولا یلزم أن یکون للسیاره رادیو أو جهاز ضبط الکیلوات أو

ما أشبه إلّا إذا كانت بدون ذلك تعد ناقصه ينصرف عن مثلها الإطلاق.

ولو اعترف بنقد صح له أن يعطيه أى نقد ولو من غير البلد، إذا لم يكن انصراف، نقداً غالياً كمائه دينار، أو رخيصاً كفلس.

نعم لا يصح النقد الورقى الساقط عن الاعتبار كالنقد الملكى بعد سقوطه فى أيام الجمهوريين، للانصراف عن مثله.

ولكن لا إشكال هنا فى النقد الناقص مما لم تنقص قيمته بسبب شق بعضه أو تنصفه أو ذهاب رؤيته أو ما أشبه، لأن العرف لا يرى لتلك الأمور أهميه، وإنما المهم القيمه وهى حاصله.

وإذا اعترف له بمثقال ذهب، فهل اللازم عيار خاص، أو يصح أى عيار، الظاهر الثانى، إلّا إذا كان انصراف، وكذلك إذا اعترف له بسوار أو قلاده أو قرط من ذهب صح أى عيار كان.

أما إذا اعترف بها مطلقاً، أى لم يقل إنه ذهب، فيصح له أن يفسره بالفضه أيضاً، حيث يتعارف لبسها، بل بسائر ما يصنع منها فى البلد وإن لم يكن ذهباً ولا فضه، للإطلاق الشامل لكل ذلك.

ولو اعترف له بالقماش، فالظاهر صحه كل لون، وإن كان التفسير بما يذهب لونه بمجرد غسل، أو كان واهياً يسرع إليه الفناء.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: (وكذا يقبل الاتصال لو قال: له علىّ دراهم زيف، أى مغشوشه، لكن يقبل تفسيره بما فيه فضه، ولو فسره بما لا فضه فيه لم يقبل).

أقول: كان ذلك فى أزمنتهم (رحمهم الله) ويأتى مثله بالنسبه إلى الزيف فى زماننا، فلا ينبغى الإشكال فى عدم قبول الورق المزيف الذى صنع مثل ورق النقد، مما لا اعتبار له فى الدوله، بل يعاقب المزيف له، لأنه لا يصدق عليه الاسم الذى ينصرف إلى الورق المعتبر، وينبغى أن يكون كذلك أمثال الدراهم

الفلزيه المزيفه، وإن كان لا فرق بين الأصل والمزيف فى قيمه الفلز، لما عرفت من الانصراف.

أما إذا كان فرق من حيث الصب كمكان اليده أو من حيث القيمه أو ما أشبه، فعدم كفايه المزيف أوضح.

ولو قال: له على دريهمات، أو دويره، أو قليم، أو خبيزه، أو وصف المكبر لفظاً بالصغير، مثل درهمات صغار، أو دار صغيره، أو دار محقره، أو من الدرجه الثالثه، حيث الدرجه الأولى أرفعها، أو ما أشبه أخذ بالمفهوم عرفاً، فإن كان فى الأمر صغير وكبير، كالدار والقلم والخبز وما أشبه كان اعترافاً بالقسم الصغير.

أما إذا لم يكن إلّا نوع واحد، كالدرهم فى الحال الحاضر، لم يكن التصغير إلّا لأجل كون الطرف مثلًا كبيراً حيث المال أمامه شيء صغير وحقير.

ولو كان شيء صغير كالقلم والخبز، واحتمل إرادته حقاره الشيء، أو حقارته بالنسبه مجازاً، فإن كان أحدهما أظهر أخذ به، لأنه ليس من المهم كونه حقيقةً أو مجازاً، بل الظهور، وإن لم يكن أظهر كان كالمشترك، فهل يؤخذ بالأقل باعتباره المتيقن، أو القرعه(1) لأنهما كالمتباينين، أو بقاعده العدل(2)، احتمالات، فإذا كان خبز صغير يسوى درهماً، وآخر كبير يسوى درهمين، فعلى الأول عليه الأول، وعلى الثانى القرعه، وعلى الثالث بمقدار درهم ونصف بإعطاء الخبز الكبير واسترجاع نصف درهم، أو بإعطاء الصغير بإضافه نصف درهم، والمصالحه طريق الاحتياط، ومن ذلك يظهر بعض وجه النظر على قول الجواهر فراجع.

قال فى القواعد: (لو قال: له ألف مؤجل من جهه تحمل العقل قبل قطعاً، ولو قال: من حيث القرض، لم يقبل قطعاً).

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۱۹۱ الباب ۱۳ من كتاب كيفيه الحكم ح۱۸
۲- سوره المائده: الآيه ۸

قال فى مفتاح الكرأمه: فى الفرع الأول أنه خيره التحرير، وفى الدروس أنه أظهر، وفى جامع المقاصد ينبغى القطع بالقبول إذا صدقه المقر على السبب أما بدونه فانه غير ظاهر.

أقول: حيث قد تقدم أن الكلام الواحد إذا لم يكن بين مقدمه ومؤخره مناقضه يقبل كله، كان مقتضى القاعده ما ذكره العلامه والشهيد، ولاـ حاجه إلى تصديق المقر كما ذكره الكركى، ولذا قال التذكره فى محكب كلامه: (إن القبول أوجه الوجهين، للصحيح والأصل والقاعده).

والظاهر مراده صحيح هشام المتقدم، وأصاله عدم التعجيل، وقاعده إقرار العقلاء.

أما الفرع الثانى: فالظاهر أيضاً القبول، للأدله الثلاثه المذكوره، فقطع القواعد وإجماع التذكره بعدم القبول محل نظر، بعد أن لا قطع لنا، والإجماع محتمل الاستناد بعد الإشكال فى صغراه، حيث لم ينقله مفتاح الكرامه إلّا عن التذكره فقط.

وعن جامع المقاصد: (لولاـ دعوى الإجماع لأمكن إلحاقه بموضع الإشكال، وعن الدروس لم يقبل إلّا أن يدعى تأجيله بعقد لازم، قلت: أو بنذر ونحوه، والأصل والقاعده والصحيح تقتضى بقبول قوله حينئذ) انتهى.

ومن ذلك يعرف القبول لو كان الإقرار سلفاً أو نسيئهً أو ما أشبه، كل ذلك مع الاتصال، أما مع الانفصال فإن قبله المقر له فهو، وإلّا صح له إحلافه.

مسأله ۳۸ لو اقر الأعجمی بالعربیه

(مسأله ۳۸): قال فی الشرائع: (لو قال: له علیّ عشره لا بل تسعه، لزمه عشره، ولیس کذلک لو قال: عشره إلّا واحداً).

أقول: وذلک لأن الأول رجوع عن إقراره السابق، بخلاف الثانی فإنه استثناء یحسب من تتمه الکلام، کما ذکره الشارحان وغیرهم.

نعم لو قال: لا یطلبنی عشره بل تسعه، لم یکن إقراراً بالعاشر، وکذا إذا قال: یستثنی واحد من عشره یطلبنی، وهکذا لو قال: یطلبنی إما عشره أو تسعه، فإن القدر المعترف به هو تسعه.

قال فی القواعد: (ولو أقر العجمی بالعربیه، ثم قال: لقنت، فإن کان لا یفهم سمعت دعواه، وإلا فلا)([(۱)]).

ونقله مفتاح الکرامه عن الدروس وجامع المقاصد، وقال: هو معنی کلام المبسوط والسرائر والجامع والتلخیص وغیرها.

أقول: إن علم صدقه أو کذبه عمل بما قال، کما أنه إذا علم إرادته من اللفظ غیر ظاهره عمل به، کما إذا قال: علی مائه، وعلمنا أنه یرید عشره منها، لأنه یظن أنها المراد منها، أما إن جهل حاله فإن فسره هو بالمخالف، فهل یؤخذ بظاهر الإقرار لظهور اللفظ، أو بالأصل لأن الأصل عدم تعلمه وعدم علمه، الظاهر الثانی، إذ إقرار العقلاء لا یتحقق إلّا بتحقق موضوع الإقرار، وهنا غیر متحقق.

ومثله الأخرس إذا لم یعلم مراده، وإن کان ظاهر إشارته شیئاً، إذ ما لم یتحقق الموضوع لا یحکم علی طبقه.

وبذلک یظهر أن من قال بالظهور وعدم الظهور لابد وأن یرید ذلک، وإلا فالظهور فی محل الشک لا ینفع إذا لم یکن العرف یعتنی بمثل ذلک الظهور، کتکلم أهل لغه بلغه أخری ولم یعلم أنه یعرفها، ولذا قالوا بالاحتیاج إلی مترجمین عدلین، أو الثقه علی أقل تقدیر.

وإن لم یفسره، کما إذا أوصی الأعجمی بشیء ومات، أو أقر بشیء وذهب، أو ما أشبه ذلک، فالظاهر أنه إذا

۱- قواعد الأحکام: ج ۲ ص ۴۳۶

لم يحصـل اطمينـان عرفى بإرادته الظاهر لم يمكن الأخـذ به، لأن حجيه الظاهر مسـتنده إلى بناء العقلاء، ولا بناء للعقلاء فى مثل المقام، وحينئذ فالمرجع فى وصيته وإقراره الأصول العمليه.

وكـأنه لمـا ذكرنـاه كـان المحكى عن المبسوط والسـرائر أنه إن كـان عالماً بمعنى ما يقوله لزمه إقراره، وإن قال: قلت ذلك ولا أعرف معناه، فإن صدقه المقر له لم يلزمه شىء، وإن كذبه فالقول قوله مع يمينه أنه لم يدر معناه، لأن الظاهر من حال العربى أنه لا يعرف بالعجميه، ومن حال العجمى أنه لا يعرف بالعربيه، فقدم قوله لهذا الظاهر.

ونحوهما ما عن الجامع.

ومنه يعرف أنه لو قال الغريب فى بلـد فيه نوعان من الـدرهم، أحـدهما أغلى من الأخر: له على درهم، ثم فسـره بما هو أرخص، وإن كـان الأـغلى هو الرائـج، قبـل قوله، إذا كـانت غربته توجب الشـك العقلاـئى فى مراده، بخلاـف مـا إذا قاله غيره، حيث إن الظـاهر من اللفـظ إراده الرائـج، وخصوصـاً إذا كان الغريب من أهل بلـد الـدرهم الرخيص، مثل العراقى يقر بـذلك فى الكويت حيث إن الرائـج فى العراق درهم أرخص من الرائـج فى الكويت، وإن كانـا كلاهمـا يصـرفان عنـد المصـارف فى كلا البلـدين، وكذلك بالنسبه إلى سائر النقود والبضائع.

كما أن الحكم كذلك فى الوصـيه فى الأعجمى والغريب والأخرس، وهكذا فى كثير النسيان والغلط، حيث إنه لا اعتبار عقلائى بألفاظه ما لم يتأكد منه.

ولو قـالت: نكحته فلم يقبـل، أو قـال: بعته فلم يقبـل، أو مثل ذلك، فالظاهر القبول لإطلاقهما على الإيجاب، فلا اعتراف بالنكاح والبيع، ولايكون مؤخر الكلام مناقضاً لما سبقه.

قال فى الجواهر: (ولو قال: أودعتنى مائه فلم أقبضها، أو أقرضتنى مائه

فلم آخذها، فعن التحرير والتذكره الجزم بالقبول مع الاتصال لاستعمال ذلك عرفاً مع عدم القبض، بل يستعمل فيه الإيجاب وحده فيقال: أودعتنى فلم استودع، وأقرضتنى فلم أقترض من دون تناقض، وعن القواعد الإشكال فى ذلك، بل لا ترجيح فى محكى الإيضاح والدروس والحواشى، وأضعف منهما عدم فرق جامع المقاصد بين المتصل والمنفصل، ثم أظهر التوقف فى المسأله وذلك لوضوح الفرق.

ولو قال السارق: أخذت ماله فخفت فطرحته، لم يقبل مؤخره، نعم لابد من الإقرار مرتين عند من يشترطه فى إجراء الحد، كما فصلناه فى كتاب الحدود.

ولوقال الزانى أربع مرات: أدخلت فيها، أو لامستها، أو ارتكبت منها المحرم، أو ما أشبه، ثم فسره بالتفخيذ ولمس الجسم ونحوه لم يحد، لعدم الصراحه فى اللفظ.

نعم إن قال: كالميل فى المكحله أو ما أشبه، لم يقبل التفسير.

ولو سلم بأن الإدخان ظاهر فى الجماع، فإن مقتضى درء الحدود بالشبهات((۱)) عدم الحد، ولذا رفع الإمام (عليه السلام) الحد عمن أقر بأنه يحب الفتنه ويأكل الميته ويهرب من رحمه الله، وفسرها بالمال والأولاد والسمك والمطر، حيث ورد فى الآيات والأخبار تفسيرها بذلك.

۱- المستدرك: ج۳ ص۲۱۹ الباب ۲۱ من كتاب كيفيه الحدود ح۴

مسأله ۳۹ هل یصح البدل

(مسأله ۳۹): قال فی القواعد: (هل یصح البدل کالاستثناء، الأقرب ذلک، إن لم یرفع مقتضی الإقرار، کما لو قال: له هذه الدار هبه أو صدقه، أما لو قال: له هذه الدار عاریه أو سکنی، ففیه نظر ینشأ من کونه رفعاً لمقتضی الإقرار، ومن صحه بدل الاشتمال).

أقول: أما إذا لم یرفع مقتضی الإقرار، فیشمله دلیل (إقرار العقلاء).

وفی مفتاح الکرامه: إنه المشهور، کما فی الحواشی.

وکونه هبه حیث یقتضی جواز الإرجاع لا یضر، لأنه لم یعترف بأکثر من ذلک، وأوضح لو کان هبه لازمه کما فی هبه ذی الرحم وغیره.

ومنه یعلم أنه لو قال: اشتریت هذه الشاه من زید أمس، حیث له الفسخ بخیار الحیوان، لا یعد الملحق فیه من الإنکار بعد الإقرار.

نعم لو حدث للطرف إنکار ینجر إلی النزاع جرت قواعده من البینه والیمین، وقد تقدم ما لو قال: تزوجتها متعه، حیث یقتضی الملحق (متعه) عدم النفقه وما أشبه.

أما الفرع الثانی: وهو هذه الدار عاریه إلخ، ففی مفتاح الکرامه: جزم بالصحه فی التذکره، وفی التحریر أنه أقرب، وقد یلوح من کلام المبسوط وکلام الإیضاح والحواشی، وفی الدروس أنه یمکن قبول قوله علی أنه بدل الاشتمال، لکن عن جامع المقاصد أن الأقوی عدم صحته، لکونه رفعاً لمقتضی الإقرار.

وتبعه الجواهر واستدل له بعدم اقتضاء صحه بدل الاشتمال لغهً صحته إقراراً، ضروره صحه بدل الغلط وبدل الإضراب لغه، ولا ریب فی عدم قبولهما لکونهما رجوعاً.

وفیه: إنه لیس المراد الصحه لغهً، بل المراد الصحه إقراراً، حیث إن العرف یفرق بین الغلط والاشتمال، فلا یری الثانی رجوعاً، بینما یری الأول رجوعاً، فإذا قال: ضربت زیداً عمرواً، رأی أنه رجع عن کلامه السابق.

أما إذا قال: ضربت زيداً بطنه، أو رأسه، أو ما أشبه، لا يراه رجوعاً، فمقتضى صحيح هشام وغيره صحه بدل الاشتمال.

ومثله لو قال: قتلته ضرباً، أو قتلته حسداً، أو ما أشبه ذلك، مما لا يعد عدولاً وإنكاراً بعد إقرار، فإن المعيار الظهور بعد تمام الكلام، وإلاّ لم يصح المجاز ولا الاستثناء ولا الوصف ولا نحوها، مع أنك قد عرفت أن بناءهم القبول فى كل ذلك.

ثم قال القواعد: (ولو قال: له هذه الدار ثلثها، أو ربعها، ففيه الإشكال).

وقد نقل مفتاح الكرامه عن التحرير وجامع المقاصد صحته.

وعن الإيضاح: إن الأقوى أنه لا يقبل منه.

وعن الحواشى عدم الترجيح.

قال فى الجواهر: (إن كلام القواعد غريب لوضوح الفرق بين ثلثها إلخ، وبين ما تقدم من بدل الاشتمال، لاقتضاء البدل بطلان الإقرار من أصله، بخلاف (ثلثها) الذى هو كالاستثناء)، ثم وجه كلام الإيضاح بعدم القبول إن لم يفهم العرف أنه كالاستثناء وإن كان رجوعاً، والأقرب الصحه لأنه عرفى، والاستغراب غير ظاهر الوجه.

ولو قال: هذه الدار له إيجاراً، كان كذلك، أما إذا قال: له غصباً، فالظاهر عدم القبول، لأن الملك إما للعين أو للمنفعه، وكلاهما منتف فى الغصب.

ولو قال: إيجار هذه الدار لزيد، لم يدل على أنه مالك لها، لأنه أعم من الوقف وغيره فى العين.

ولو قال: عين الدار لزيد، لم يدل على أن منفعتها له مطلقاً، لإمكان أنها مستأجره عند المقر، نعم لو أنكر الطرف الإيجار كان على المدعى البينه.

ولو قال: هذه أخت زوجتى، لم يحق له نكاحها، إلاّ أن يثبت أنه طلق الأخت، وإن قال: إن مراده أخت زوجته سابقاً.

أما إذا قال: بنت زوجتى، وقد كان طلق الأم جاز له الزواج لاحتمال عدم الدخول بالأم.

قال سبحانه: (وربائبكم اللاتی فی حجوركم من نسائكم اللاتی دخلتم بهن)[(۱)]، فحیث لم یثبت الدخول حمل فعله فی الزواج بالبنت علی الصحیح، وحق للسامع إقراره أن ینكحها إیاه.

أما إذا قال: من زوجتی المـدخول بها، وكان یفهم معنی الـدخول، وأنه لا یشـمل التفخیـذ، فالظاهر الأخذ بإقراره فی عدم زواجه بها.

ولو قال: هذه أم زوجتی، لم یحق له الزواج بها، وإن أثبت أنه طلق البنت، للحرمه الأبدیه فی أم الزوجه.

ولو قال: لی أربع زوجات، ثم أراد الخامسه جاز، إذا فسر كلامه بإرادته الأعم من الدائمه، فإن المتعه زوجه.

أمـا إذا قـال: دائمات، ثم أراد الخامسه مـدعیاً موت إحـداها أو طلاقها أو فسـخها فعلیه الإثبات، إلّا إذا كان دعواه الثانیه ممكنه، لحمل فعل المسلم فی إرادته الزواج من الخامسه علی الصحیح.

وكذلك لو أراد زواج بنت بعد أن قال: عندی عمتها أو خالتها حیث یحتمل أنه أرضاها.

۱- سوره النساء: الآیه ۲۳

مسأله ۴۰ انقلاب المنکر مدعیا

(مسأله ۴۰): قال فی الشرائع: (إذا شهد بالبیع وقبض الثمن ثم أنکر فیما بعد وادعی أنه أشهد تبعاً للعاده ولم یقبض، قیل: لا تقبل دعواه، لأنه مکذب لإقراره، وقیل: تقبل، لأنه ادعی ما هو معتاد وهو أشبه، إذ لیس هو مکذباً لإقراره، بل مدعیاً شیئاً آخر، فیکون علی المشتری الیمین، ولیس کذلک لو شهد الشاهدان بإیقاع البیع ومشاهده القبض فإنه لا یقبل إنکاره ولایتوجه الیمین) انتهی.

أقول: جمله من الفقهاء جزموا به، وآخرون قالوا: إنه أشبه کالمحقق، أو أصح کالکرکی والإیضاح، أو أقرب کالقواعد والکفایه، کما ذکر بعضها مفتاح الکرامه.

وقال فی المسالک: القول بالقبول للأکثر، وعن الکفایه إنه أشهر.

وکیف کان، فالقول بعدم السماع إنه إنکار بعد إقرار، مع عدم وجود نص خاص فی المسأله مخرج له عن ذلک الکلی، والقول بالسماع جریان العاده بذلک، وأنه مما تعم به البلوی، ولو لم یسمع لزم الضرر علی المشتری، وإنما یحلف المشتری مع أنه مدع إعطاء البائع الثمن والبائع منکر أخذه منه، لأن البائع یصبح مدعیاً لدعواه المواطاه والمشتری ینکرها، فاللازم أن یحلف هو، فهذه الیمین إنما هی فی مقابله الدعوی والواقعه من البائع ثانیاً بأنه لم یقبض، وأن إقراره السابق ما کان مطابقاً للواقع.

وبهذا یظهر جواب القائل بعدم قبول الدعوی بحجه أنه کذب بدعواه الثانیه إقراره السابق، وجه الجواب أنه ما کذب إقراره، بل هو معترف بوقوعه وإنما یدعی معه أمراً آخر وهو کونه تبعاً للعاده من الإشهاد علی القبض، أی الإقرار به والإشهاد علیه، وکلام المحقق أیضاً یرید ذلک، وإن لم یکن حاجه إلی الإشهاد، وإنما ذکروا الإشهاد باعتبار أنهما کتبا صکاً وأشهدا علیه بشهود الإقرار منهما، من غیر أن یحصل قبض، لإقامه الشهاده والحجه، خوفاً من تعذر

الشهود وقت الإقباض، وحيث إن هذا أمر متعارف بين التعاملين اتجه قبوله فيسمع دعواه، ويتوجه اليمين إلى المشترى.

ومن ذلك يعرف أنه لا فرق بين أن أقر بقبض الثمن ثم أنكر القبض، وبين أن أشهد على قبضه ثم أنكر، وأن الإنكار يرجع إلى القبض لا إلى أنه أقر، هذا كله على ما ذكروا.

لكن الظاهر أنه ليس استثناءاً من قاعده المدعى والمنكر، وأن مثل ذلك يجرى فى كل إقرار، ولذا قال الجواهر: (ولعل الأقوى فى النظر إن لم يكن إجماع عدم خصوصيه للمقام، فتسمع الدعوى بما لا ينافى الإقرار مطلقاً، إذا ذكر وجهاً ممكناً لإقراره الأول)، إلى آخر كلامه.

وكيف كان، فقد ينكر أنه أقر، وقد يذكر لإقراره وجهاً ممكناً كالمواطاه أو خوف الظالم، وقد يشهد شاهدان بأنه أقر، وقد يشهدان بأنهم رأوا القبض، ففى الأول إذا سمع الحاكم إقراره لم يقبل إنكاره، وكذا إذا ادعى المقر له ذلك ولم يكن له شاهد لكنه أحلفه فلم يحلف مع رد اليمين أو بدونه، وفى الثانى يصح حلف الطرف إذا لم يشهد على وجه إقراره الأول شاهدان.

لا يقال: كيف ينقلب المنكر مدعياً وبالعكس.

لأنه يقال: ذلك منوط بكيفيه الكلام، فقد يقول: أنا منكر لطلبه، وقد يقول: تواطينا على الإقرار، ففى الأول: عليه الحلف، وفى الثانى: عليه الشهود وعلى طرفه الحلف.

وكذا فى كل مورد يذكر اللازم، أوالملزوم، أو الملازم، مثلاً إذا ادعى عليه أنه باعه البارحه كتاباً، فهو منكر إذا أنكر البيع، أما إذا قال: إنه البارحه كان مجنوناً فلم يصلح للبيع، فهو مدع إذا تمكن من إثباته سقطت الدعوى من مدعى البيع، وكذا إذا ادعى أنه تزوجها صبح الجمعه، فأقامت الشاهد على أنها كانت مزوجه بغيره إلى عصر الجمعه، ولذا قال الشرائع وغيره: إذ ليس هو مكذباً لإقراره، بل مدعياً شيئاً آخر، فيكون على

المشتری الیمین، وفی الثالث یکون الحاکم کالثانی، إذ یثبت إقراره، وقوله: إن إقراره علی وجه المواطاه ونحوه کلام بعد ثبوت الإقرار.

نعم إذا شهد شاهدان علی أنه أقر وکان بدون مواطاه، أو بدون خوف ظالم مثلًا، لم یسمع منه الوجه الذی یرید أن یذکره لإبطال إقراره، لأن الیمین لا یقاوم الشهود، کما قرر فی کتاب القضاء.

وفی الرابع لا یقاوم کلامه الشهود.

ولذا قال فی الجواهر مازجاً مع الشرائع: (ولیس کذلک فی سماع الدعوی لو شهد الشاهدان بإیقاع البیع ومشاهده القبض، فإنه لا یقبل إنکاره ولا یتوجه له الیمین عندنا، لأنه إکذاب للبینه) انتهی.

وبما ذکرنا یعرف ما فی کثیر من الکلمات، فراجع شروح الفاضلین.

ومما تقدم یظهر حال کل دعوی علی خلاف الإقرار الثابت علماً أو بالبینه أو بالإقرار علی الإقرار، سواء کانت الدعوی ضد الإقرار مستقیماً، أو ضده باللازم والملزوم والملازم.

وکذا الحال فی أمثال المقام، مثلاً قام الشاهدان علی أنه عقد علیها، فادعی أن العقد کان صوریاً للمواطاه، حیث إن الظالم مثلاً لا یقبل دخول البلد إلاّ للمتزوجین، أو شهدا بالطلاق فادعی المواطاه وأنه کان صوریاً، إلی غیر ذلک.

أما فی حقوق الله بأن ادعی الصوریه فی إقراره، فإن تمکن أن یثبت ذلک بالبینه ونحوها، فالظاهر سقوط الحد، لأن الإقرار طریقی لا موضوعیه له، کما إذا اعترف أنه زنی بالمرأه الفلانیه أول الشهر، أربع مرات، ثم أثبت بالشهود أن المرأه کانت ماتت قبل أول الشهر، وإن لم یتمکن من الإثبات لم ینفع حلفه بالعدم.

أما إذا حلفت المرأه المرميه بزناه بها على العـدم، أو أنكرت ولو بدون حلف، فهل يجرى عليه الحد، لا يبعد العدم، لأن «الحدود تدرأ بالشبهات».

وإذا كـان الحق مشتركـاً كالسـرقه فـاعترف بأنه سـرق من زيـد، ثم ادعى المواطاه وحلف، فهل يسـقط الأمران، للشـبهه فى الحد وللحلف فى المال، أو الثانى فقط، لا يبعد الأول.

ص:۴۱۹

مسأله ۴۱ الإقرار بالنسب

(مسأله ۴۱): فی الإقرار بالنسب، قال فی مفتاح الکرامه: أجمع العلماء کافه علی أن الإقرار بالنسب مقبول کالإقرار بالمال، کما فی نهایه المرام، ولا خلاف بین العلماء فی ثبوت النسب بالإقرار کما فی الکفایه، وقد تبعه الجواهر فی النقل عنهما.

ویدل علیه جمله من الروایات:

مثل ما رواه الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، فی حدیث قال: «وأیما رجل أقر بولده، ثم انتفی منه فلیس له ذلک ولا کرامه، یلحق به ولده إذا کان من امرأته، أو ولیدته»((۱)).

وعن الحلبی، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «إذا أقر رجل بولده ثم نفاه لزمه»((۲)).

وعن أبی بصیر، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل ادعی ولد امرأه لا یعرف له أب ثم انتفی من ذلک، قال: «لیس له ذلک»((۳)).

وعن السکونی، عن جعفر، عن أبیه، عن علی (علیهم السلام)، قال: «إذا أقر الرجل بالولد ساعه، لم ینف عنه أبداً»((۴)).

وعن عبد الرحمان بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الحمیل، فقال: «وأی شیء الحمیل»، قال: قلت: المرأه تسبی من أرضها ومعها الولد الصغیر فتقول: هو ابنی، والرجل یسبی فیلقی آخاه فیقول: هو أخی، ولیس لهم بینه إلاّ قربهم، قال: فقال: «ما یقول الناس فیهم عندکم»، قلت: لا یورثونهم لأنهم لم یکن لهم علی ولادتهم بینه، وإنما هی ولاده الشرک، فقال: «سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بابنتها ولم تزل مقره به وإذا عرف أخاه وکان

۱- الوسائل: ج۱۷ ص۵۶۴ الباب ۶ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۳

۲- الوسائل: ج۱۷ ص۵۶۴ الباب ۶ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۲

۳- الوسائل: ج۱۷ ص۵۶۵ الباب ۶ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۳

۴- المستدرک: ج۲ ص۱۶۸ الباب ۴ من کتاب الفرائض ح۱

بذلک فی صحه منهما ولم یزالا مقرین بذلک ورث بعضهم من بعض»((۱)).

وعن سعید الأعرج، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: سألته عن رجلین حمیلین جیء بهما من أرض الشرک، فقال أحدهما لصاحبه: أنت أخی، فعرفا بذلک ثم أعتقا ومکثا مقرین بالإخاء، ثم إن أحدهما مات، قال: «المیراث للأخ، یصدقان»((۲)).

وعن الجعفریات، عن علی (علیه السلام)، قال: «إذا أقر الرجل بولده ثم نفاه لم ینتف منه أبداً»((۳)).

وعنه أیضاً، عن علی (علیه السلام)، قال: «إذا أقر بولده ثم نفاه جلد الحدّ، وألزم الولد»((۴)).

وعن دعائم الإسلام، عن أبی عبد الله (علیه السلام): «إنه کان یورث الحمیل، والحمیل ما ولد فی بلد الشرک، فعرف بعضهم بعضاً فی دار الإسلام، وتقارروا بالأنساب، ولم یزالوا علی ذلک حتی ماتوا أو بعضهم فإنهم یتوارثون»((۵)).

وبذلک یظهر أن ما خالف ذلک یلزم أن یحمل علی التقیه.

مثل ما رواه طلحه بن زید، عن أبی عبد الله (علیه السلام)، قال: «لا یرث الحمیل إلاّ ببینه»((۶)).

وفی الوسائل: ورواه الصدوق وزاد: «والحمیل التی تأتی به المرأه حبلی قد سبیت وهی حبلی، فیعرفه بعد أبوه أو أخوه»((۷)).

۱- الوسائل: ج۱۷ ص۵۶۹ الباب ۹ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۱

۲- الوسائل: ج۱۷ ص ۵۷۰ الباب ۹ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۲

۳- المستدرک: ج۳ ص۱۶۸ الباب ۴ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۱

۴- المستدرک: ج۳ ص۱۶۷ الباب ۱ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۱

۵- المستدرک: ج۳ ص۱۶۸ الباب ۶ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۱

۶- الوسائل: ج۱۷ ص ۵۷۰ الباب ۹ من أبواب میراث ولد الملاعنه ج۳

۷- الوسائل: ج۱۷ ص ۵۷۰ الباب ۹ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۴

أما من عرف أبوه أو عرف أن المتبنى التقطه فلا نسب بينهما، كما فی الآیه الکریمه.

وعن إسحاق السبیعی، عن علی بن الحسین (علیهما السلام)، قال: «المستلاط لا یرث ولا یورث، ویدعی إلی أبیه»((1)).

قال فی القاموس: التاطه ادعاه ولداً ولیس به کاستلاطه.

قال فی الشرائع: (لا یثبت الإقرار بنسب الولد الصغیر حتی تکون البنوه ممکنه، ویکون المقر به مجهولاً ولا ینازعه فیه منازع).

أقول: هذه القیود هی التی عبر عنها بعض آخر بأنه یشترط فی الإقرار به عدم تکذیب الحس والشرع، وعدم المنازع، وکلاهما یؤدیان معنی واحداً، ولیس المراد الولد مقابل البنت، بل الأعم بلا إشکال ولا خلاف، ولذا قال الجواهر بعد قوله: (الولد الصغیر): ولو أنثی.

وکیف کان، فیشترط فی المقر البلوغ، لأنه لا اعتبار بعباره الصبی. قال (علیه السلام): «لا یجوز أمر الغلام»((2))، والأمر شامل للإقرار، کما ورد «عمد الصبی خطأ»((3))، فإن قوله بعد ذلک: «تحمله العاقله» لیس تقییداً، بل تفریعاً. وکذا قوله (صلی الله علیه وآله): «رفع القلم»((4)). فکأنه قبل نزول الشرع، کما هو کذلک فی قرینیه المجنون والنائم.

أما إذا دلت القرائن علی صدقه حتی اطمأن بذلک، کما إذا رأینا غریباً میتاً علی رأسه ولد صغیر یبکی بکاءً مراً ویقول: إنه أباه، فالاعتماد علی العلم

۱- الوسائل: ج۱۷ ص۵۷۱ الباب ۱۱ من أبواب میراث ولد الملاعنه ح۱
۲- کما فی الوسائل: ج۱ ص۳۰ الباب ۴ من أبواب مقدمه العبادات ح۲
۳- الوسائل: ج۱۹ ص۳۰۷ الباب ۱۱ من أبواب العاقله ح۳
۴- الوسائل: ج۱۱ ص۲۹۵ الباب ۵۶ من أبواب جهاد النفس ح۱۱

الحاصل بالقرائن لا بإقراره.

والعقل الأعم من مقابل المجنون والسكران والنائم وشارب المرقد وما أشبه، إذ بدون العقل بهذا المعنى لا يصدق (إقرار العقلاء) ولو للمناط أو الانصراف.

ومنه يعلم الحال فى المجنون أدواراً، فإن إقراره فى دور عقله لا دور جنونه مقبول.

ولو شك فى البلوغ والعقل لم يقبل فى الأول، وفى الثانى إذا كان مستصحب الجنون، أو لم يعلم حاله لم يقبل بلا إشكال.

أما إذا كان مستصحب العقل، فهل يقبل للاستصحاب، أو لا يقبل لانصراف (إقرار العقلاء) إلى معلوم العقل، بسبب أن هذه العباره عرفيه، والعرف لا يرى شمولها لمشكوك العقل، احتمالان، وإن كان لا يبعد الثانى، وليس معنى ذلك أن الحكم تكفل لموضوعه، بل معناه عدم فهم العرف منه أكثر من ذلك.

وعن الرياض إضافه عدم الحجر، ولعله أراد به السفه، حيث إنه محجور، وأراد أنه لا يقر فى المفلس على إقراره من جهه المال بأن يلزم عليه إعطاء النفقه لمن أقر بأنه ابنه، وإلاّ ففيه ما فيه، كما فى الجواهر.

وكذلك يشترط فى المقر أن لا يكون مكرَهاً بلا إشكال، فإذا أكرهه شخص على الإقرار لم يثبت النسب، لانصراف إقرار العقلاء، ولدليل رفع الإكراه.

ولا مضطراً، كما إذا اضطر إلى الكذب لخلاص مسلم من جلاد، وذلك للدليل فى الإكراه والاضطرار.

والظاهر أنه لا يشترط الإسلام، لإطلاق (إقرار العقلاء) الشامل للكفار، ولبعض الروايات السابقه فى الأسراء حتى فيما إذا علم إسلام الطفل، كما إذا كان طفل مسلم بين المسلمين غير معروف الأب فادعى كافر بنوته، وسيأتى الكلام حول إنكار غير البالغ ادعاء المقر.

ويشترط فى صدق الإقرار أن تكون البنوه ممكنه، فإذا أقر من عمره عشرون سنه أن من عمره كذلك، أو أقل منه بسنه مثلًا، أو أكثر أنه ابنه، لم يصح بالضروره

والإجماع، ولا يشمله الأدله.

والظاهر قبول الإقرار بالعكس، بأن يدعى أبوه مجنون أو ما أشبه مما أبوته ممكنه، لصدق إقرار العقلاء، وللمناط فى الأدله المتقدمه مع وجود الشرائط المتقدمه والتى منها إمكان الأبوه، وسيأتى فيه ما يأتى فى الإقرار ببنوه كبير.

ولو كان الفراش ممكناً شاذاً لا عاده، كما إذا ادعى ببنوه إنسان التفاوت بينهما عشر سنوات، فهل يقبل للإطلاق، والشذوذ فى فرد لا يوجب عدم صدق الإطلاق، قال فى المسالك: (والمصنف اعتبر فى إلحاقه إمكان تولده منه عاده، وهو أخص من مطلق إمكان تولده، لأن ابن العشر قد تقدم أنه يمكن التولد منه لكن ذلك خلاف العاده، والأولى اعتبار مطلق الإمكان).

لكن فى الجواهر: من عدم الدليل هنا غير الإجماع المعلوم منه ذلك بخلاف قاعده الفراش، إذ نصوص المقام لا دلاله فى شىء منها على ثبوت النسب بالنسبه إلى غير المقر من أرحامه) إلى أن قال: (فالمتجه حينئذ الاقتصار فيه على المتيقن الذى ذكرناه، وليس هو إلّا الإمكان العادى، اللهم إلّا أن يقال: إن المراد منه ما يمكن فيه ولو نادراً).

أقول: ظاهر (إقرار العقلاء)([1]) والتعارف فى الأقارير بالنسب الذى جرت على ذلك السيره، نفوذ الإقرار فى المقر به وسائر أقربائه، فإذا ذهب الأبوان سفراً، ثم جاءا بولد قالا إنه ولد لهما فى السفر، لا يشك المتشرعون فى إرث الأرحام منه، وإرثه من الأرحام، وفى حرمه نكاح المحارم بينه وبين أرحام الأبوين المحارم إلى غير ذلك.

وكثير ما يموت الأب أو الأم فى السفر، ويأتى الآخر بمن يقول إن ولد لهما إلى بلده، فالفراش والإقرار فى هذا

١- الوسائل: ج١۶ ص١١١ الباب ٢ من كتاب الإقرار ح٢

المقام واحد، وإنما الكلام فى الشاذ ولادته لأجل تفاوت قليل غير متعارف بين الوالد والمقر به، فمن قال باعتبار العاده كالفاضلين وغيرهم يرى انصراف أدله الإقرار ونحوه عن مثله، ومن لا يعتبرها يرى الإطلاق، ولا يبعد اعتبار العاده، لأن الانصراف فى دليل الإقرار غير بعيد، ولا سيره فى المقام، بل وكذا فى الفراش لا يبعد الانصراف ولا سيره، فاشتراط العاده لعله أولى، وإن كانت المسأله فيهما بحاجه إلى مزيد التأمل.

نعم لا شك فى اختلاف البلاد، فمناطق الاستواء يسرع البلوغ فيها، بخلاف غيرها خصوصاً القطبيه، فالعاده فى الأماكن المختلفه تختلف.

وكيف كان، فإذا عالج بالدواء تقديم منيه، يسمع إقراره إذا علم بذلك، وإن لم يعلم بأنه ولده أم لا للإطلاق بدون انصراف، وكذا الحال إذا فرض سرعه الولاده فى رواد الفضاء ونحوهم.

ومما ذكر فى الولد علم حال الأنثى حيث تدعى أنه ولدها وهى ثمان سنوات مثلًا.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا ادعت أولاداً فى سن واحد، أو ادعى أولاداً لم يمكن عاده ولادتهم منه، مثل عشرين ولد فى سنه واحده من امرأه واحده، فإن ذلك وإن كان ممكناً عقلًا إلّا أنه غير ممكن عاده، اللهم إلّا إذا أمكن بأن يكونوا أولاد أنابيب، كما تعارف الآن.

ولوقال اثنان: إنه ولد لأحدهما، قُبل والمشترك بينهما يرتب عليه، وغير المشترك يحتاط فيه، فلا يصح زواجه بمحارمهما للعلم الإجمالى، وأبوهما مثلًا ــ فى ماكان المقران ولداً لواحد ــ يرثه، وبالعكس، ويحرم عليه، وغير ذلك، وكذلك العكس إذا أقر بأن أحد هذين ولده.

ومنه يعلم حال الترديد فى الطرفين، بأن قالا: أحد هذين ولد لأحدنا.

ولا يشترط أن يكون الإقرار بالحلال الصرف، فإذا قال: إنه ولد شبهه لى، أو ولد زنا، قبل، إذ يشمله (إقراره العقلاء)، ولو قيل بالانصراف إلى غير الزانى

أجيب بأنه بدوى.

ولوقال: إنه ابنى، أو حفيدى، أو أخى، قبل، لأنه إقرار أيضاً، ويكون حاله كالمردد بين اثنين أحدهما ولده.

ومن ذلك يعرف حال سائر الإقرارات المردده، كما إذا لم يعرف أنه أبوه أو أخوه، أبوه أو عمه، أخوه أو ولده، إلى غير ذلك.

قال فى الشرائع والقواعد وغيرهما: فلو انتفى إمكان الولاده لم تقبل، كما إذا أقر ببنوه ولد امرأه له وبينهما مسافه لا يمكن الوصول إليها فى مثل عمره.

قال فى الجواهر: بلا خلاف أجده فى شيء من ذلك، ولا إشكال، وإن تصادقا.

أقول: ومثله ما أمكن الوصول لكنه فى وقت لم يصل، كما إذا كان بينهما مسافه بحر ولا وسيله وحبلت فى وقت الابتعاد عنها.

ولو ادعى حمل زوجته منها ثم نقلته إلى الثانيه بالمساحقه، أو حمل منيه فى الزمان الحاضر بالوسائل الآليه وأمكن، فهل يقبل للإطلاق، أو لا للانصراف، الظاهر الأول.

وقد ورد قصه الزوجه التى ساحقت البكر فحملت من ماء الرجل.

كما أنه إذا ادعت حملها بجذب الرحم، حيث جلست فى مكان فيه منى الرجل، أو ادعى الرجل ذلك، فإن كل ذلك مع الإمكان العادى مقبول للإطلاق، ومع الإمكان غير العادى الكلام فيه كالكلام فى ادعاء بنوه متقارب السن كما تقدم.

أما إذا أقر العنين ببنوه ولد أمكن ذلك، لأن شرط الإحبال ليس الإدخال، بل يكفى جذب الرحم للماء المراق على الفرج، وكذا فى العقيم، إذ ليس العقم يوجب الاستحاله، ومن الممكن أن يحبل أو تحبل ولو لمره.

ولو ادعت البكر الولاده منها قبل، لإمكان أن يخرق الغشاء ثم يعود، وبالجمله كلما كان

إمكان عادى قبل، وإذا لم يكن إمكان، ولو لتشخيص الأطباء الثقات لم يقبل، وكلما كان شاذاً كان الكلام فيه كالسابق.

قال فى الشرائع: (وكذا لو كان الطفل معلوم النسب لم يقبل إقراره).

أقول: وذلك إجماعى، سواء كان العلم بنسبه بسبب الشرع كالفراش والبينه، أوبسبب العقل كما إذا علم أنه ليس له.

ثم إنه لو قامت البينه أو الشياع أنه ولده، فأقر غيره بأنه ولده لم يقبل، لأن الشارع رجح البينه على الإقرار، أما لو كان الثبوت السابق بالإقرار، أو اللاحق بالبينه، أو الشياع، بأن تعارض إقراران، أو بينتان، أو بيّنه وشياع، فالمرجع بعد التساقط القرعه.

قال فى الشرائع: (ولو نازعه منازع فى بنوته لم يقبل إلاّ ببينه).

قال فى الجواهر: أى بالقرعه، كما صرح به جماعه، ولعله للإشكال من تعارض الإقرارين، ولفحوى الصحاح المستفيضه الوارده فى وطى الشركاء الأمه المشتركه مع تداعيهم جميعاً فى ولدها.

أقول: بالإضافه إلى أن القرعه لكل أمر مشكل.

ومما تقدم يعرف حال ما إذا كان لأحدهما الفراش وللآخر وطى الشبهه، فإن المرجع القرعه.

وكذا إذا كانا كلاهما لشبهه، أو ساحقت مرأتين اقتربتا من زوجهما، إلى غير ذلك.

ولو تعارض الإقراران من مسلم وكافر، فهل يقدم إقرار المسلم لأن «الإسلام يعلو» أو لا بل القرعه، الظاهر الثانى، لإطلاق دليل الثانى، والشك فى شمول «الإسلام يعلو»[(۱)] لمثل المقام.

قال فى الجواهر: (ولو دخلت حربيه مثلًا دار الإسلام ومعها ولد فاستلحقه مسلم أو ذمى مقيم بدار الإسلام لحق به، إلاّ أن يعلم عدم دخوله دار الحرب

۱- الوسائل: ج۱۷ ص۳۷۶ الباب ۱ من موانع الإرث ح ۱۱

وعدم دخولها إلى دار الإسلام، وعدم مساحقتها لموطوءته فلا يلحق لتكذيب الحس إياه).

أقول: أما الأول فلقاعده الإقرار.

ثم إنه لو علمنا أن الإقرار اعتباطى، ولو أن المقر يقر بالقرائن لم ينفع، كما يعتاد فى البلاد الصناعيه، حيث يعطى الأقوياء المنى بالقوارير فتستخدمه النساء ذات الأزواج العاجزين أو غيرهن، فإن إقرار أحد أولئك المعطين بأنه ولده لأنه يشبهه أو نحوه لا ينفع، وإنما يكون الولد مجهول الأب فى غير صوره العلم الإجمالى المحصور.

ولو استلحق المنتفى باللعان غير صاحب الفراش، ففى مفتاح الكرامه التوقف، وفى الجواهر لعل الأقوى الإلحاق لجهه عدم المنازع، وهو كذلك، لإطلاق أدله الإقرار بعد أن الشارع نفاه.

ومنه يعلم أنه لا وجه للتوقف للشبهه، لكن ربما يقال: إنه إن استلحقه الأب الملاعن، حيث يرثه الولد ولا يرث الأب منه، كيف يمكن جعل الحكم مع الأب المقر والأب النافى.

وفيه: إن الحكم ظاهرى بالنسبه إلى أحدهما، وجمع حكمين متنافيين للدليل لا مانع منه، كما أن ربع الوصيه ونصفها وثلثها تثبت بشهاده واحده واثنتين وثلاث، مع أنها إما فى الواقع كانت فالكل، أو لا فلا شىء، وكذلك فى موارد أخرى متعدده.

ثم الظاهر أنه إذا انتقل المنى من رحم إلى رحم بالمساحقه أو الآله، فالأم هى التى حملته أولاً، لأن الولد يكون من نطفتين فقط، لا من نطفه واحده للأب، ولا من نطفتى امرأتين، فإقرار الثانيه بأنه ولدها لا ينفع.

قال فى الشرائع: (ولا يعتبر تصديق الصغير).

قال فی الجواهر: بلا خلاف أجده فیه.

کما اعترف به فی الکفایه والریاض، بل فی المسالک ومجمع البرهان والمحکی عن جامع المقاصـد الإجماع علیه، وقد نقل کل ذلک مفتاح الکرامه أیضاً، وادعی هو نفی الخلاف أیضاً.

أقول: وذلک لإطلاق «إقرار العقلاء»((۱)) والسیره القطعیه.

نعم قـد یستشـکل ذلـک فیمـا إذا کـان الولـد مراهقـاً ونفی أن یکون المـدعی أباه أو أمه، فلا دلیل علی الإلحاق، کیف و«إقرار العقلاء» منصـرف عنه، ولا سیره فی المقـام، وغـالب کلماتهم فی صوره عـدم التصـدیق بالسـلب لا بالإیجاب، أی بنفی صـدق المـدعی، وهل هؤلاء یفتون بأنه إذا راجع إلی القاضـی رجل ویجر ولـداً مراهقاً یـدعی أنه ابنه، والولـد ینکر ذلک أشد الإنکار، بأنه ولده بمجرد إقرار المدعی.

والظاهر عـدم القبول إلاّ بالبینه ونحوها، کیف ووصـیته وعتقه وما أشـبه مقبوله، کما ورد بـذلک النص، وأفتی بذلک غیر واحد، وکذا یقبل شهادته فی القتل، کما فی مسأله من کانوا یسبحون فی الفرات.

ولا یجوز أمره، وعمده خطأ، ودلیل الرفع لا یشمل مثل ذلک، ولو بالانصراف ونحوه.

والجواهر وإن قال فی عدم اعتبار تصدیق الصـغیر: (سواء کان مراهقاً رشیداً أو لا)، إلاّ أن کلامه کإطلاق غیره فی عدم الاحتیاج إلی تصدیقه، لا فی عدم ضرر إنکاره.

قال فی الشرائع: (وهل یعتبر تصدیق الکبیر، ظاهر کلامه فی النهایه لا، وفی المبسوط یعتبر وهو الأشبه).

أقول: وجه الأول إطلاق «إقرار العقلاء»، ووجه الثانی أصاله عـدم تحقق النسب بـدون إقراره، وإقرار العقلاء لا یـدل علی ثبوت النسب، بل علی ثبوته علیه، ولذا کان هذا القول هو المشهور، بل عن أبی علی: لا نعلم فیه خلافاً، وفی الجواهر: عدم ظهور کلام النهایه فی عدم الاعتبار، لأن المحکی عنه

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من أبواب کتاب الإقرار ح۲

اقتصاره على اشتراط عدم كونه بشهود النسب، فيمكن أن يكون تركه كتركك اشتراط الإمكان الذى لا ريب فى اشتراطه.

أقول: فإذا أقر بأنه ولده، فإن صدقه حصل النسب، حاله حال ما إذا شاع أو قامت به البينه، أو ولد فى فراشه أو ما أشبه ذلك، وإذا سكت لم ينفع فى الإثبات، وإذا كذب لم يثبت، كما إذا قال: لا ـ أعلم، ولذا قال العلامه فى القواعد: (والأقرب اشتراط التصديق فى الكبير).

نعم، يؤخذ المقر بإقراره إلاّ ـ إذا ثبت كذبه، فإذا مات يرثه، وأجرى بينهما أحكام النكاح بأنه لا يتمكن من تزويج بنته له، ولا يجوز له أخذها إذا كانت بنتاً، إلى غير ذلك.

ولا يسرى إقرار الأب المدعى الأبوه على الكبير المنكر، بل الساكت، أو القائل لا أعلم، فيحق له تزويج بنت المقر وزوجته بعد طلاقه لها، إلى غير ذلك، إذ لا دليل على ثبوت الإقرار فى حق غيره ممن يتعلق به.

نعم ليس للأب المقر أن يجيز نكاح بنته للمقر به إذا كانت بكراً يتوقف النكاح على رضى الأب، على القول بالاشتراط، إلى غير ذلك.

ثم إنه يؤيد اشتراط التصديق بعض الروايات المتقدمه، كقوله (عليه السلام): «لا يزالا مقرين به»((١)).

أما إذا صدق الكبير بما أقر به المقر ثم كذب أو بالعكس، لم ينفع تكذيبه فى الأول، وكذا لم ينفع تكذيبه فى الثانى، لأن الإقرار سابقاً أو لاحقاً يشمله إقرار العقلاء، إلاّ فى المورد الذى أخرج عنه بدليل، كما إذا تزوجها وقالت: إنها أجنبيه، ثم قال: إنه ولدها أو أخوها، وقد ورد فى الحديث إنكار المرأه لولد ثم إقرارها به، كما فى قضايا على (عليه السلام).

ثم إنه لا ـ يقبل الإقرار سواء فى الكبير أو فى الصغير، إذا كان المقر كثير الخلط والنسيان مما لا يعتمد على مثله العقلاء، إذ لا يشمله «إقرار العقلاء»، فإنه

١- الكافى: ج٧ ص١۶۶ باب الحميل ح٣

منصرف عنه، ولعل كلامهم فى المجنون شامل له ولو بالمناط، كقولهم يقبل إخبار الثقه والعدل بشرط أن لا يكون كذلك، لانصراف أدلتهما مثل: «فيما يرويه عنّا ثقاتنا»((١))، و: (ذوى عدل منكم)((٢))، عن مثله.

أما إذا قال الكبير المقر به: لا أعلم، أو سكت، فلا شبهه فى قبول تصديقه أو تكذيبه بعد ذلك.

وإذا صدقه الكبير ثم أنكر بدعوى أنه ثبت لديه الكذب، فالظاهر سماع الحاكم لدعواه، لإمكان ذلك كإمكانه إنكاره قبض المال بعد إقراره كما تقدم.

ثم إنه قال فى القواعد: (وهل حكم المرأه فى إقرارها بالولد حكم الرجل، نظر).

أقول: بعضهم توقف فى ذلك كما سمعت، وبعضهم أفتى باللحوق، وهو المحكى عن ظاهر النهايه والمبسوط والوسيله والسرائر والجامع والإرشاد والتلخيص والتذكره والحواشى، ومجمع البرهان والتحرير وغيرهم.

وفى الجواهر: (لعله ظاهر المصنف هنا)((٣))، وفى النافع.

خلافاً لما عن الدروس والروضه والإيضاح وغيرهم من الأختصاص بالأب، بل قال الأخير: الحق أن النص لا يتناولها، وقال: قد وردت روايه بصيغه الجمع المذكر ـ على ما نقله عنهم مفتاح الكرامه وغيره ـ والأقرب تساويهما فى ذلك للسيره، وإطلاق «إقرار العقلاء»((٤))، وبعض الأحاديث المتقدمه فى أول المسأله، بل وبناء العقلاء، حيث لم يردعه الشارع، فالقول بالعدم للأصل، وأنه ليس إقراراً على نفسها، بل لنفسها أيضاً.

ولروايه إسحاق بن عمار، قال: سألته عن رجل ادعته النساء دون الرجال

١- الوسائل: ج١٨ ص١٠٨ الباب ١١ من أبواب صفات القاضى ح ٤٠

٢- سوره الطلاق: الآيه ٢

٣- جواهر الكلام: ج٣٥ ص١٥٨

٤- الوسائل: ج١٦ ص١١١ الباب ٣ من كتاب الإقرار ح٢

بعـدما ذهب رجالهن وانقرضوا وصار رجلًا وزوجنه وأدخلنه فى منازلهن، وفى يـدى رجل دار، فبعث إليه عصـبه الرجال والنساء الـذين انقرضـوا فناشـدوه الله أن لاـ يعطى حقهم من ليس منهم، وقـد عرف الرجـل الـذى فى يـديه الـدار قصـته وأنه مـدع، كما وصـفت لك واشـتبه الأمر عليه لا يدرى يدفعها إلى عصـبه النساء أوعصبه الرجال، قال: فقال (عليه السلام) لى: «يدفعه إلى الذى يعرف أن الحق لهم على معرفته التى يعرف يعنى عصبه النساء، لأنه لا يعرف لهذا المدعى ميراث بدعوى النساء له»((1)).

وإلى هـذا أشـار الجواهر بقوله: (نعم فى الخبر لا يثبت نسب تـدعيه النساء وينكره الرجال وورثتهم)، وكأن كلام الجواهر مأخوذ من عنوان الباب فى الوسائل.

ويرد على الأول: إن الأصل لا مجال له بعد الدليل.

وعلى الثانى: بالإضافه إلى النقض بسائر الإقرارات فى الأنساب، فإنه لو لوحظ ما ذكر لم يمكن إثبات إقرار بالدليل المذكور، بل وكثيراً ما فى غير الأنساب، مثلًا لو أقر بأنه مـديون لزيـد كان له الحق فى الأخـذ من الزكاه، أو أقر بأنها زوجته كان له الاسـتمتاع والإرث إذا ماتت، إلى غير ذلك.

وعلى الثـالث: إن الروايه فى صـدد أنه إذا لم يعلم من بيـده الإـرث أنه لمن، لابـد له من التحقيق، وليس سؤال السائـل هل يثبت النسب بـإقرارهن أم لاـ هـذا بالإضافه إلى ماذكره الجواهر من (عـدم جامعيتها لشـرائط الحجيه، وإمكان تخصيصـها بما دل على ثبوته بإقرارها فى الولد الصغير، مؤيداً بعدم الفرق بينها وبين الرجل فى ذلك) انتهى.

وربما يؤيد عدم الفرق أن المرأه يثبت بها الاستهلال عند الولاده، مما يدل على سهوله الأمر بالنسبه إلى النسب.

۱- الوسائل: ج۱۷ ص۵۶۲ الباب ۵ من أبواب ميراث ولد الملاعنه ح۱

مسأله ۴۲ هل يثبت النسب بدون تصديق المقر به

(مسأله ۴۲): قال فى الشرائع: (ولا يثبت النسب فى غير الولد إلّا بتصديق المقر به).

أقول: قد يقر بغير الولد وهو صغير، كما إذا قال: هو أخى، أو أختى، أو ابن عمى أو ما أشبه، وقد يقر به وهو كبير، لا إشكال ولا خلاف فى الاحتياج فى الكبير كما تقدم، وذلك للأصل بعد عدم شمول «إقرار العقلاء» فى الكبير بحيث يثبت النسب، وإن ثبت ما فى ضرر المقر كما عرفت.

أما إذا كان صغيراً فالمشهور الاحتياج أيضاً، وقد نسب ذلك إلى الشهره محكى الدروس والجواهر، بل عن نهايه المرام والكفايه والرياض الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك، لكن عن المبسوط عدم اعتبار التصديق فى الصغير، ولداً كان أو غير ولد.

استدل الأولون: بالأصل، وأنه إقرار فى حق الغير، وأنه إلحاق فى غير المقر، فإنه إذا قال: أخى، كان معناه أنه ابن أبى أو ابن أمى.

وقال فى مفتاح الكرامه: مضافاً إلى الإجماع على الظاهر.

واستدل للقول الثانى: ببناء العقلاء ولم يردعه الشارع، وبإطلاق «إقرار العقلاء»، وبالمناط فى الولد الصغير، وبالصحيحين المتقدمين: (والرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: أخى، ويتعارفان، وليس لهما بينه على قولهما) إلى قوله: (وإذا عرف أخاه) إلى آخره، فإنه يشمل حتى المراهقين، فكيف بالكبير والصغير، وهذا هو الأقرب حسب الصناعه.

أما أدله المشهور، فيرد على أولها: عدم مجال للأصل بعد الدليل.

وعلى ثانيها: إن كونه إقراراً فى حق الغير قد عرفت الجواب عنه سابقاً.

وعلى ثالثها: إنه وارد فى الابن أيضاً، فإن معنى هذا ابنى أنه أخ بنتى، وحفيد أبى، وعم وخال أولاد بنتى وولدى، إلى غير ذلك، بل يأتى ذلك فى

الکبیرین المعترفین، مع أن ظاهر الصحیحین وغیرهما ثبوت النسب مطلقاً، لا خصوص ما فی المقرین أحدهما بالآخر.

وعلی رابعها: إن الإجماع المتحمل الاستناد لیس بحجه، فکیف باحتمال الإجماع، کما یظهر من قوله: علی الظاهر.

والحاصل: أن لا مایز بین الابن وغیره إلّا الإجماع فی الابن، والشهره بالعدم فی غیره، ومثل هذین لا یصلح فارقاً، فإن النصوص فی کلیهما قریب التشابه، بل روایه الدعائم مطلقه شامله لکل الأنساب، وقد جرت السیره فی أزمنه السبی علی قبول قول الأقرباء بعضهم بالنسبه إلی بعض مطلقاً، کما لا یخفی علی من راجع قضایا السبی الذی کثر فی أیام الفتوح، فکانوا یسبون الألوف وعشرات الألوف وفیهم الأقرباء الکبار والصغار.

وعلیه فالأقرب القبول فی الصغیر مطلقاً، وفی الکبیر إذا تقارَروا بالنسبه إلی کل الأحکام، بل وکذلک جرت السیره بالنسبه إلی الزوجین، فإن المغتربین إذا أقرا بأنهما زوجان رتب المسلمون علی ذلک کل أحکام الزوجین، بل وکذا بالنسبه إلی المغتربین الذین یقران بأن بینهما نسبه من أبوه وبنوه أو أخوه أو غیر ذلک، سواء کانا مسلمین، أو غیر مسلمین، أو مختلفین، وذلک أصل عند العقلاء ولم یرد من الشارع ردع، بالإضافه إلی ما عرفت، وإلی أصاله الصحه إذا کانا مسلمین.

ومن ذلک یظهر موقع النظر فی کلام الشرائع، حیث قال: (وإذا أقر بغیر الولد للصلب ولا ورثه له وصدقه المقر به توارثا بینهما، ولا یتعدی التوارث إلی غیرهما، ولو کان له ورثه مشهورون لم یقبل إقراره فی النسب).

إذ یرد علیه أولاً: عدم الفرق بین ولد الصلب وغیره فی ثبوت النسب، کما إذا قال: هذا حفیدی، للأدله السابقه، وأشکل منه قول الجواهر: (لا لثبوت

النسب بذلك، بل للنص)، إذ قد عرفت أن ظاهر النص ثبوت النسب لا التوارث فقط، فمقتضى القاعده ثبوت سائر لوازم النسب، فلو أقرا بأنهما إخوه، كانا كما إذا قام الشاهدان بأنهما إخوه فى كل الآثار، وكذلك إذا أقرا بأنهما حفيد وجدّ، أو أقر الجد بأنه حفيده وهو صغير لا يميز، أما إذا كان مميزاً يرد، فقد عرفت أن مقتضى القاعده حتى فى الولد سماع دعواه.

وثانياً: يتعدى التوارث إلى غيرهما أيضاً، كما عن المبسوط والسرائر والجامع والتحرير والتلخيص فى التعديه إلى أولادهما خاصه، بل قد عرفت أن مقتضى الصناعه التعديه مطلقاً.

ومنه يظهر وجه النظر فيما عن الرياض والكفايه ونهايه المرام، من أن الظاهر أنه لا خلاف فى عدم تعدى التوارث إلى غيرهما، كما ذكره المحقق.

ولا يخفى أن أمثال دعاوى لا خلاف فى مثل هذه المسأله من هؤلاء الأجله المحققين يوهن الاعتماد على أمثال هذه الإجماعات وعدم الخلافات.

وثالثاً: إنه لا فرق بين وجود ورثه مشهورين وغيره فى التوارث، بل كل الأحكام كما عرفت، فالقول بالتفصيل بين عدم ورثه مشهورين فيتوارثان، وبين وجوده فلا توارث محل نظر، وإن علله الجواهر (بكونه حينئذ إقراراً فى حق الغير، ضروره كون الإرث حقاً لغيره، وليس من حقوق نفسه حتى يكون مقتضى الإقرار ثبوتها عليه).

إذ يرد عليه بالإضافه إلى ما تقدم أن الإقرار بالزوجيه كذلك، بل وكذا بالهبه والصلح وغيرهما، إذ لو لوحظ حال الإرث كان كل ذلك إقراراً فى حق الغير.

ومن راجع مفتاح الكرامه وغيره رأى كيف أن المسأله مضطربه الأقوال.

ص:۴۳۵

وكيف كـان، فمقتضـى الصـناعه أن الإـقرار بالصـغير يقبـل مطلقاً ويوجب النسب، إلّا إذا عارض بعـد تميزه أو بلوغه وأثبت عند الحاكم ما يـدعيه، وإذا أثبت وحكم الحاكم بطل النسب مطلقاً، ولا يبقى حينئـذ مجال لنفوذ الإقرار على المقر، إذ حكم الحاكم كالبينه حجه لوازمه، وكذلك في كل مورد الإقرار وشبهه.

فلو ادعى أنهـا زوجته، وثبت عنـد الحاكم كـذبه فحكم بأنها ليست زوجته، حق لها أن تتزوج بـدون عـده إذا لم يكن دخول، أو كان عن زناه، ويعتد عده الشبهه إذا كانت عده شبهه، كما حق له أن يتزوج بالخامسه، وبالأخت لها، وبأمها، وببنتها، إذ الإقرار لا دليل على حجيته بعد الحكم، بل حاله حال اليد والسوق والأرض ونحوها.

نعم إذا علم المقر بالواقع وأن الحاكم مشـتبه عمل حسب نظره، وكذلك طرف المقر له، قال (صلى الله عليه وآله): «فقد اقتطعت له قطعه من نار»((١)). كمـا فصـلناه في كتاب القضاء على إشـكال في بعض الموارد، واحتمال موضوعيه حكم الحاكم في تغيير الواقع الأولي.

كمـا أن مقتضـى الصـناعه أن التقـارُر بين الكبيرين يوجب ترتب كـل الأحكـام المترتبه على النسب، وبالأـخص إذا كانـا رجلين عادلين، لأن ذلك شـهاده يثبت لوازمها، كما دل على ذلك إطلاق حجيه الشهاده، وروايات أنهما لو شهدا بوارث آخر نفذ على سائر الورثه.

ثم إنه قال في القواعـد: (ولا يعتبر تصـديق الصـغير، ولو أنكر بعد بلوغه لم يلتفت إلى إنكاره، لسـبق ثبوت نسـبه، فيكون كما لو ثبت بالبينه).

أقول: أمـا الحكم الأـول، فقـد عرفت أنه مقتضـى الأـدله، وعن نهايه المرام الإجماع على أنه لا يتوقف نفوذ الإقرار به على بلوغه وتصديقه، وعن الكفايه أنه لا يعرف به خلافاً.

١- الوسائل: ج١٨ ص١١ الباب ۴ من أبواب صفات القاضي ح۶

وأما الحكم الثانى، فهو المشهور بينهم، بل عن نهايه المرام: الظاهر أنه لا خلاف فيه، وعن الكفايه: لا أعرف فيه خلافاً بينهم.

واستدلوا لـذلك بما تقدم عن القواعد، وبأنه لو أثر الإنكار لزم التوقف قبل البلوغ، وبأنه ثبت قبل البلوغ والأصل بقاؤه، ولأصاله عدم لزوم حلف المقر إن طلب الولد إحلافه، كما عن التحرير والتذكره والدروس وجامع المقاصد والمسالك.

وفى مفتاح الكرامه: الاستدلال له بأن غايته استخراج تصديقه أو نكوله، وكلاهما غير مسموع، كما لا يسمع لو نفى النسب بإنكاره هذا.

وعن التذكره أنه قال: الأقرب، مما يظهر منه نوع تردد فيه، ولعله لعدم صحه الوجوه السابقه، حيث إنه فرق بين البينه والإقرار، حيث إن البينه تثبت سواء كانت له أو عليه، بخلاف الإقرار الذى لا يثبت إلاّ عليه، ولذا اختلفا فى الإقرار بالكبير، ولا تلازم بين تأثير الإنكار بعد البلوغ والتوقف قبل البلوغ، كما فى اليد حيث لا يتوقف فى كونها دليل الملك إذا لم يكن إنكار، فإذا حصل الإنكار سمع كلام المنكر، والثبوت قبل البلوغ الموجب للاستصحاب كسائر الاستصحاب لا يمنع سماع دعوى على خلافه، وأصاله عدم الإحلاف غير ظاهر بعد أن مقتضى «البينه على المدعى واليمين على من أنكر» يشمل المقام كشموله سائر الدعاوى.

ومنه يعلم وجه النظر فى الوجه الأخير، فمن أين أن كليهما غير مسموع، وعليه فلا يبعد السماع، فإنه قد يكون الأمر كما يدعى الولد، فيلزم ذهاب حقه إذا لم يسمع دعواه.

وعليه فإذا ادعى أنه ليس بولده، وأنه احتال فى تبنيه، سمعت دعواه، فإن أقام دليلاً شرعياً فهو، وإلا أحلف المتبنى على ما هو قاعده الدعوى.

ومنه يظهر وجه النظر فى الاستدلال على عدم سماع الدعوى بما صرح

به جماعه من أن النسب مبنی علی التغلیب، ولهذا تسمع دعواه بثبوته بمجرد الإمکان، حتی أنه لو قتله ثم ادعی بنوته قبل منه، وسقط القصاص عنه، وبأنه لو کان فی یده صغیر یدعی رقیته، فلما کبر أنکر أن یکون رقاً، لا یلتفت إلی إنکاره.

وجه النظر:

أما فی الأول: فلأن ما ذکر غیر ظاهر الوجه إذا لم ینطبق علیه دلیل.

أما مسأله القتل، فلأن الحدود تدرأ بالشبهات((1))، وقد ذکرنا فی کتابی الحدود والقصاص أن القاعده المذکوره تشمل القصاص أیضاً، لأنه حد، فراجع.

وأما فی الثانی: فلأنه أول الکلام، فمن أین لا تسمع دعواه، مع انطباق «البینه علی المدعی» إلی آخره، علیه.

وعلی هذا لو کبر الولد وقبل البنوه أو سکت، کفی فی بنوته إقرار الوالد، أما إذا أنکر یلزم إجراء قواعد الدعوی.

وربما یؤید ذلک ما تقدم فی بعض الأحادیث، من قوله (علیه السلام) فی باب الأخوین فی الصحیحین: «ولم یزالا مقرین»((2))، حیث إن ظاهره أنه لو أنکر أحدهما بعد الإقرار تسمع دعواه بموازین السماع، فإنه وإن کان فی الأخ إلّا أن مناطه آت هنا.

بل قد عرفت أنه إن أنکر الأب المقر وأتی بالبینه _ مدعیاً اشتباهه مثلاً حین الإقرار _ کان مقتضی الصناعه السماع.

وقوله (علیه السلام): «لا ینتفی عنه أبداً»((3))، ظاهره فیما إذا لم یدل علی نفیه دلیل، ولذا إذا أقر بولد له، أو أقرا بأنهما أخوان، ثم قامت البینه بالعدم، بطل الإقرار،

1- المستدرک: ج3 ص219 الباب 2 من أبواب حدود الله ح4

2- الوسائل: ج17 ص569 الباب 9 من أبواب میراث ولد الملاعنه ح1

3- الوسائل: ج17 ص565 الباب 6 من أبواب میراث ولد الملاعنه ح4

بـل يسـرى بطلانه إليهمـا أيضـاً، إذا لم يعلمـا بين الله وبين أنفسـهما صـحه الإقرار، فيجوز للأخ والأخت الـذين أقرا بالأخوه أن يتزاوجـا، وكـذلك للمقر ببنتيه فلانه أن يتزوجهـا، وتظهر الفائـده فيمـا إذا أقرا جـازمين ثم شـكا فى وجه الإقرار، وأنه هل كان صحيحاً أو لا، فلا يقـال: إنه إذا علما بصـحه إقرارهما لم ينفع حكم الحاكم عن البينه بالعـدم، وإذا أقرا اعتباطاً كان يجوز لهما التزاوج ولو فى حال الإقرار، لأن الإقرار لا يغير الواقع.

وكيف كان، فقـد ظهر مما تقـدم وجه النظر فى كلام المسالك وغيره، حيث قال: (وأما الإقرار بغير الولد للصـلب، وإن كان ولد ولـد فيختص حكمه مع التصـديق بالمتصادقين، لما تقرر من أن ذلك إقرار بنسب الغير فلا يتعـدى المقر، ولو لم يحصل تصديق افتقر إلى البينه)((١)).

ثم إنه لو أقر بالولـد، أو أقرا فى الكبير أبـاً أو أخـاً أو غيرهمـا، ثم حصـل له التردد، فإن كان شـكاً طارئاً، فلا ينبغى الإشـكال فى اجراء الأحكـام، للاستصـحاب وأصـاله الصـحه فى قوله، وأما إن كان شـكاً سارياً بأن شك فى منشأ إقراره، مثلاً أخبره الثقه بأنه ولده أو ما أشبه فأقر جازماً، حيث اطمئن بقول الثقه، لكن ظهر بعد ذلك اشتباهه فى أنه ثقه، وأنه ليس مورد الاطمينان، فلا يبعد عـدم لزوم ترتيب آثـار الإقرار، لأنه لا دليل على قاعـده اليقين، كما ذكروه فى الأصول، ولا دليل على أن الإقرار يوجب الواقع شرعاً، فهو طريقى لا موضوعى.

ثم إنه إذا حصل إقراران متنافيان من نفرين يرتبط أحـدهما بالآخر، كان لكل حكمه، مثلاً ادعى زيـد أن عمرواً أخاه، ثم بعد أن مات زيـد ادعى ولـد زيـد بأن عمرواً أخوه من زيـد، لا أنه أخو زيـد، فإنه يلزم أن يعطيه نصف إرثه، فيما كان الوارث منحصـراً فيهما، فإن ادعاء الأب أنه أخوه لا يوجب سقوط ادعاء الولد.

كما أنه إذا ادعى الأب أن هنداً ليست زوجه له، وادعى

١- مسالك الأفهام: ج١١ ص١٢٨ _ ١٢٩

الابن أنها زوجته، لزم عليه إعطاؤها الثمن، إلى غير ذلك.

أما إذا ادعى الأب أنها زوجته وأنكره الولد، لا حق له فى عدم الإعطاء ظاهراً، وإن كان له الحق فى عدم الإعطاء واقعاً، مثلاً كان يعلم الولد بأنه تزوجها وهى ذات بعل، أو أخته من الرضاعه أو نحو ذلك.

أما الإقراران المتنافيان من شخص واحد، فالحكم مع الإقرار الأول ظاهراً، وواقعاً يتبع الأمر علمه، لما تقدم من طريقيه الإقرار.

ص:۴۴۰

مسأله ۴۳ الإقرار بالنسبه بعد أن نفاه

(مسأله ۴۳): قال فی المسالک: ولو استلحق مجنوناً فأفاق وأنکر، فالأظهر أنه کالصغیر.

أقول: أی یلحق به إن کان المقر أقر بأنه ولده.

والذی یمکن أن یستدل به ما تقدم فی الصغیر، ولا یخفی ما فیه، إذ لا دلیل هنا إلی المناط لو سلم الدلیل فی الصغیر، فکیف إذا لم یسلّم کما عرفت، خصوصاً فی الجنون الأدواری، مثلًا کان یجنّ کل شهر أسبوعاً وهو بالغ، وفی ذلک الأسبوع استلحقه إنسان، فإذا أفاق أنکر أن یکون ولده، فإنه کیف یحکم بأنه ولده، وأی دلیل علی ذلک.

ومنه یعرف الحکم فی السکران والمغمی علیه والنائم وشارب المرقد ونحوهم، وإن طالت غیبوبتهم مده طویله.

وقال فی محکی الدروس: لو أقر بأخ من الأب، والأب موجود فنفی ثبوته فی موضع یجوز النفی، لم یتوارثا وإن تصادقا، ولو مات الأب وهما علی التصادق أو استلحقه بعد موت أبیه، ففی ثبوت نسبه وجهان، وتبعه المسالک قائلًا: (ویشترط فیه أن یکون الملحق به میتاً، فما دام حیاً لم یکن لغیره الإلحاق به، وإن کان مجنوناً، وأن لا یکون الملحق به قد نفی المقر به. أما إذا نفاه ثم استلحقه وارثه بعد موته، ففی لحوقه وجهان، من سبق الحکم ببطلان هذا النسب، وفی إلحاقه به بعد الموت إلحاق عار بنسبه، وشرط الوارث أن یفعل ما فیه حظ المورث لا ما یتضرر به، ومن أن المورث لو استلحقه بعد ما نفاه باللعان وغیره لحق به وإن لم یرثه عندنا، وهذا أقوی)((۱)).

أقول: مقتضی القاعده ثبوت التوارث وسائر الأحکام بین المتصادقین إن نفاه الملحق به، لقاعده إقرار العقلاء ولا مخصص له، فإذا قال: هی أختی من أبی، وأنکر الأب لم یجز له أخذها وتوارثا، وأی وجه لهذا الشرط الذی

۱- مسال ک الأفهام: ج ۱۱ ص۱۲۹

ذکراه، وتبعها بعض آخر.

ومنه یعلم وجه بقاء النسب بعد موت الأب أیضاً، وأولی بالإلحاق لو کان الأب مجنوناً مثلًا، حیث إنه لا قابلیه له فی التصدیق أو الإنکار، فلا یمکن الرجوع إلیه، بخلاف غیر المجنون حیث رجع إلیه وأنکر.

ومنه یعلم حال ما إذا لم یمکن الرجوع إلیه لغیبه ونحوها، کما یعلم منه وجه النظر فی قول المسالک.

أما إذا نفاه ثم استلحقه، فإن النفی لا یضر بالإقرار الذی یقر به غیره، فربما علم الأخ أن الأب نفی عناداً أو جهلًا أو ما أشبه، فأی محذور فی أن یقر به الأخ، حیث یشمله «إقرار العقلاء»، وللبحث تتمه ذکرها الریاض والجواهر وغیرهما فراجعها.

ثم إنه لو تصادق البالغان ثم رجعا، فإن کان بنوه لم یقبل، وعلله الجواهر بأنه کالفراش بل أشد، بل فی الدروس القطع بعدم صحه الرجوع فی نسب الولد.

أقول: فیه إنه قد یتصادقان لمصلحه فی نظرهما، فلماذا لا یقبل الرجوع، کما أنهما إذا نفیا النسب بینهما ثم اعترفا قُبل، ولیس فی المقام إلّا الخبر المتقدم: «إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ینتف عنه أبداً»، والمرسله: «رجل ادعی ولد امرأه لا یعرف له أب، ثم امتنع من ذلک، قال: لیس له ذلک»، ولعل ظاهرهما ولو بالانصراف الولد الصغیر، ویؤیده ما فی الصحیحین: «إذا جاءت بابنها أو بنتها ولم تزل مقره»، فإن الإقرار لیس أکثر من البینه حیث تشهد ثم ترجع، سواء شهدت بالإثبات أولاً ثم النفی أو بالعکس.

نعم ظاهر احتیاج النفی إلی اللعان أنه لا ینتفی بدونه، فمقتضی القاعده أن الإقرار فی النسب وإنکاره کالإقرار فی غیره وإنکاره إلّا ما خرج، فإذا أقرت

الأم بالولـد ثم أنكرت لم تنفع، وإذا أنكرت ثم أقرت أخذ بإقرارها لقاعده «إقرار العقلاء» الشامله لأن يكون قبل الإنكار أو بعده أو بدونه.

أمـا إذا أقر الأـب، أو كـان فراش، ثم أنكر لم ينفع الإنكار إلّا باللعان لأدله اللعان، فإذا أقر بعـد اللعان نفع فى إرث الولـد منه، لا إرث الأب من الولد، للروايات المتواتره فى باب الإقرار بالولد بعد اللعان، والمسأله بعد بحاجه إلى التأمل.

هـذا كله فى الإـقرار بالبنوه، أما غير البنوه، ففى الجواهر: (فى قبول الرجوع وجهان، كما فى الـدروس، إلّا أنك قـد عرفت ظهور بعض النصوص المزبوره فى اعتبار بقائهما على الإقرار فى التوارث، لقوله (عليه السلام): «لم يزالا مقرين»، بل قد عرفت أن ثبوت التوارث بالإقرار على خلاف القواعد، فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن)((١)) انتهى.

وفيه بالإضـافه إلى ما تقـدم، أنه على القواعـد ما عرفت من أن مقتضـى الصـناعه أن التوارث وغيره على حـد سواء إلّا فيما خرج بالدليل، والله العالم.

ولو قال: هذا ولدى من الزنا، فالظاهر القبول، لأنه إقرار بهذا القدر، وليس ذلك من الإقرار بالمنافى عرفاً، حتى يقال بلزوم الأخذ بأول الكلام لا آخره.

وكذا لو قال: إنه أخوه من الزنا أو ما أشبه.

نعم فى الجواهر: (لو قـال: هـذا ولـدى من الزنا، فهو من باب تعقيب الإقرار بالمنافى، فهل يؤخـذ بأول كلامه فيلحق به، أو بآخره فلا يثبت به حكم النسب، نظر، كما فى الدروس) انتهى.

أما لو قال: ولدى من وطى الشبهه، فلا إشكال، حيث لا يتفاوت ولد الشبهه والحلال فى أى من الأحكام.

ولو قال: زنيت بها فحبلت منى، فلا توهم تنافى أيضاً، حيث يحكم بأنه ولد زنا منه، لكن هل يقبل ذلك لأنه اعتراف بالولد

١- جواهر الكلام: ج٣٥ ص١٦٢

أو لا يقبل، لأنه تابع لثبوت الزنا، والزنا لا يثبت إلاّ بأربع مرات، الظاهر الأول، لعدم التلازم، كما قرر مثله فى كتاب الحدود.

ولو قـال: هو أخى واقتصـر، ثم قـال: أردت أخوه الـدين أو الرضاع، فعن الـدروس الوجه القبول، لكن فى الجواهر فيه إنه خلاف الحقيقه.

أقول: لا يبعد تماميه ما ذكره الدروس للتعارف بحيث لا يكون تفسيره منافياً للظاهر.

وأولى منه لو قال: يا أخى، أو قال: يا أمى، أو يا أبى، أو يا ولدى، لتعارف مثل هذه الألفاظ فى الاحترام الدينى.

وكذا إذا قالت: هذه أختى، أو يا أختى.

ولـو أقر بـأخ أو أخـت أو مـا أشـبه، فكـذبه المقر به، ثم صـدق بعـد مـوت المقر، ففى الجـواهر فى إرثه نظر، من أن فى إنكـاره استحقاق الوارث غيره، ومن زوال المانع من ثبوت الأخوه وهو التكذيب.

أقول: فى القبول نظر، إذ لا ـ دليل عليه، و«إقرار العقلاء»((١)) غير ظاهر شـموله لمثله، ولعله يؤيده عدم قبول الدعوى على الميت التى تحتـاج إلى البينه والحلف، وربمـا يفرق بين مـا إذا لم يكن ثمر أصـلًا، أو كان ثمر للمصـدق بعـد الموت فلا يقبل، لأن مع عدم الثمر لا مجال للتشريع، ومع الثمر للصدق يكون إقرار العقلاء لنفسه، لا على نفسه.

أما إذا كان ثمر للميت على الصدق ثبت، لأنه على نفسه، والمسأله بحاجه إلى التأمل، وسيأتى بعض الكلام فيه.

ومنه يعلم الحال فى أنه لو أقر ببنوه الكبير فكـذبه، فلما مات رجع إلى الاعتراف، وكذا الحال ــ على ما رجحنا ــ لو اعترف ببنوه الصغير، فلما كبر أنكر، ثم

١- الوسائل: ج١۶ ص١١١ الباب ٣ من كتاب الإقرار ح٢

مات المقر ورجع الابن إلى الاعتراف.

ولا يبعد أن يكون مثله إنكار المقر به فى حال صحه المقر، ثم رجع فى حال جنونه أو نحوه، حيث يكون كالميت لا اعتبار بتصديقه وتكذيبه.

قال فى الجواهر: (ولو أقر الابن بأبوه رجل فأنكره، فلما مات اعترف بالأبوه له، فالإشكال هنا ضعيف، لأن الإقرار بالبنوه بعد الموت مسموع فى الكبير والصغير عند الأصحاب، بخلاف الإقرار بغيرها من النسب، فينزله هذا الإقرار منزله الإقرار المبتدأ، وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه)((۱)) انتهى.

وإشكاله فى محله.

ولو أقر بأخوه إنسان فقال: لا أعلم مطلقاً، لم يثبت بالنسبه إلى المقر به، ولو قال: لا أعلم هل أنى أخوه أو أخو زيد، بنحو العلم الإجمالى، فقد تقدم أن الأثر المشترك يترتب عليه، لا الأثر المختص، إذا كان بين محصور، وإلّا فلا أثر فى غير المحصور، والله العالم.

۱- جواهر الكلام: ج۳۵ ص۱۶۳

مسأله ۴۴ لو اعترف بعض الورثه دون بعض

(مسأله ۴۴): قال فی الشرائع: (إذا أقر ولد المیت بولد آخر له، فأقرا بثالث ثبت نسب الثالث أن کانا عدلین، ولو أنکر الثالث الثانی لم یثبت نسب الثانی، لکن یأخذ الثالث نصف الترکه، ویأخذ الأول ثلث الترکه، والثانی السدس، وهو تکمله نصیب الأول) انتهی.

أقول: قد یعترف کلهم بالکل، وقد لا یعترف إلاّ بعضهم، وعلی الثانی فإما أن یکون فی المعترف عادلان أم لا.

فالأول: وهو اعتراف الکل بالکل، فالظاهر أن ذلک یثبت کل شیء بالنسبه إلی الکل، من ثبوت النسب الذی یعقبه الإرث وغیره، بل إذا لم یکن إرث لقتل ونحوه ثبت النسب الذی یتبعه حرمه النکاح وغیرها، لما تقدم من بناء العقلاء والسیره وبعض الروایات الظاهره فی ثبوت النسب بالإقرار المتقابل، لکن فی المسالک لا یثبت نسبه إلاّ مع عدالتهما فلا یتعداهما المیراث بدون العداله کما مر، وقد مر وجه النظر فی ذلک.

والثانی: وهو اعتراف البعض وکان فی المعترف عادلان، یثبت النسب بلا إشکال، لعموم أدله البینه، والروایات الموجوده فی هذا الباب، کما سیأتی.

ثم إذا کان العادلان هما أیضاً محل قطع بأنهما وارثان، أو شهد کل الورثه بأنهما وارثان، فلا إشکال، وإلا فإذا لم یعترف بعضهم بأحد العادلین أو بکلیهما کانت حصه العادلین بقدر الاعتراف بهما لا أکثر، مثلاً إذا اعترف العادلان بالثالث، لکن الثالث ینکرهما، أو ینکر أحدهما، فإذا أنکرهما لم یکن لهما شیء، إذ المتیقن أن الثالث وارث، أما هما فلا دلیل إلا أن کل واحد منهما یعترف بالآخر، وهو عادل وبشهاده العدل الواحد لا یثبت النسب، وحینئذ یکون کل الإرث للثالث، وإذا أنکر الثالث أحدهما أخذ الثالث نصف الترکه، لأن المشارک له باعترافه شخص واحد فقط، ویأخذ

المعترف منهما ثلث التركه، لأنه يعترف بأنهم أخوه ثلاثه، والتفاوت بين الثلث والنصف وهو نصف السدس _ تكمله نصيب المعترف بأنهم ثلاثه _ للذى اعترف به منهما، فتأمل.

وفى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل عن السرائر: إنه مذهبنا، وعن موضعين من الإيضاح وموضع من جامع المقاصد: نسبته إلى الأصحاب، وعن التذكره: إنه مذهب علمائنا أجمع، وعن الخلاف: الإجماع عليه.

وبذلك يظهر حال ما إذا كانت بنت أو بنتان أو الثلاث بنات، وحال ما إذا كانوا إخوه، أو كان الولد يعترف بالزوج أو بالزوجه، لكن هما لا يعترفان به، أو بالعكس، إلى غير ذلك.

الثالث: أن لا يعترف البعض، ولم يكن فى الورثه عادلان _ وقولهم فى الورثه من باب المثال، وإلا فالأمر دائر مدار عادلين يشهدان بأن فلاناً وارث، وإن لم يعترف به أى من الورثه الآخرين، كما هو واضح _ وحال هذا الفرض هو حال ما تقدم فى الثانى إذا لم يعترف المقر به بالعادلين الذين شهدا بأنه وارث، أو بأحد العادلين، وقد وردت جمله من الروايات فى هذه المسأله:

مثل ما رواه الشيخ والصدوق (رحمهما الله)، عن وهب بن وهب، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) عن أبيه (عليه السلام) قال: «قضى على (عليه السلام) فى رجل مات وترك ورثه فأقر أحد الورثه بدين على أبيه، أنه يلزم ذلك فى حصته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك فى ماله كله، وإن أقر اثنان من الورثه وكانا عدلين أجيز ذلك على الورثه، وإن لم يكونا عدلين ألزما فى حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر بعض الورثه بأخ أو أخت إنما يلزمه فى حصته»((١)).

وبالإسناد المتقدم، قال على (عليه السلام): «من أقر لأخيه فهو شريك فى المال، ولا يثبت نسبه، فإن

١- الوسائل: ج١٣ ص۴٠٢ الباب ٢۶ من أحكام الوصايا ح۵

أقر اثنان فكذلك إلّا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب فى الميراث معهم»((١)).

ورواه الحميرى والصدوق، كما فى الوسائل، ثم قال الصدوق: وفى خبر آخر: «إن شهدا اثنان من الورثه وكانا عدلين أجيز ذلك على الورثه، وإن لم يكونا عدلين ألزما ذلك فى حصتهما»((٢)).

وعن الـدعائم، عن على (عليه السـلام)، إنه قـال: «إذا أقر بعض الورثه بوارث لاـ يعرف جـاز عليه فى نصـيبه ولـم يلحق نسبه ولم يورث بشهادته، ويجعل كأنه وارث، ثم ينظر ما نقص الذى أقر بسببه فيدفع مما صار له من الميراث مثل ذلك إليه»((٣)).

ولا يخفى أن هذه الروايات لا تنافى الروايات السابقه الداله على ثبوت النسب بالتصادق، إذ تلك كانت فى مورد لا معارض من الورثه، وهذه فيما كان هناك معارض.

وإذا كـان المعـترف بـالوارث الجديـد أبـاً، فالظـاهر ثبـوت النسب أيضـاً، ولاـ ينظر إلى إنكـار وارث آخر، أو دعواه عـدم العلم، ويتحقق ذلك فى وطى الشـبهه، كما إذا وطأ الأب ابنته شـبهه فأولـدت ولدين فاعترف أحدهما بالآخر، ولم يعترف الآخر بأخيه، والأـب معترف بأن كليهما ابناه، وماتت الأم، فإن إرثها لأبيها ولولـديها على السواء، ولايقال: إن الابن الـذى أنكره أخوه لا يرث إلّا بقدر زياده حصه الأب، وذلك لما عرفت من أن إقرار الأب يثبت النسب، بلا إشكال ولا خلاف، بالإضافه إلى النص.

وكذا إذا كانوا مجوساً ثم أسـلموا، أو كان من دينهم تقسـيم الإرث كما نقسم، وكذا إذا كان الأب قاتلًا أو نحوه لا يرث، وكان أحد ولديه لا يعترف بالآخر، فإن عدم الاعتراف لا يضر بعد اعتراف الأب الذى يثبت النسب.

١- الوسائل: ج١٣ ص۴٠٢ الباب ٢۶ من أحكام الوصايا ح۶

٢- الوسائل: ج١٣ ص۴٠٢ الباب ٢۶ من أحكام الوصايا ح٧. والفقيه: ج۴ ص١٧١ الباب ١٢۵: فى إقرار بعض الورثه... ح٣

٣- الدعائم: ج٢ ص٣٩٢ الفصل ٧

قال فی المسالک: (وربما قیل بأن النصف یقسم بین الأول والثالث بالسویه، لأن میراث البنین یقتضی التسویه ولا یسلم لأحدهم شیء إلاّ ویسلم للآخر مثله، والثالث بزعمهما غصبهما بعض حقهما، والأظهر الأول، لأن حق الثانی شائع فیما فی ید الأول والثالث بالسویه، فله الثلث من کل منهما) انتهی.

والظاهر أن الخصوصیه للنص والإجماع، وإلا کان مقتضی القاعده أن یکون للأخ المقر، وللأخ المنکَر _ بالفتح _ النصف بالسویه، فیکون للأخ المنکِر _ بالکسر _ النصف ولهما النصف، لکل واحد واحد ونصف من سته، وذلک لأنه القاعده فی کل مال مشترک، حیث إن التالف یتلف علیهما بالنسبه والباقی لهما بالنسبه، فیکون ما أخذه الأخ المنکِر _ بالکسر _ کالتالف، حاله حال ما إذا أخذ الأخ الثالث بالقوه نصف المال مع اعترافه بأن له أخوین.

وبذلک یظهر أن جعل الروایه والإجماع علی طبق القاعده، بدلیل أنه لا ینقص بإقرار الأخ نصیبه الثابت له باعتراف المنکَر _ بالفتح _ غیر ظاهر الوجه، لأن النقص حسب الموازین، حیث جعل کالتالف وکالمغصوب، والموازین کما تنقصه الواحد من الثلاثه لو کانا اثنین فقط، کذلک تنقصه النصف.

وکیف کان، فلا إشکال فی المسأله من جهه النص، کما لا إشکال فی مسأله ثلاثه دراهم للودعیین، حیث یتلف أحدهما فلا یعلم هل التالف لصاحب الدرهمین أو لصاحب الدرهم، حیث إن مقتضی قاعده العدل أن یتلف منهما بالنسبه، فمن الدرهمین یتلف ثلاثا درهم، ومن الدرهم یتلف ثلثه، لکن النصف ورد فی جعل التلف من صاحب الدرهم أکثر حیث یعطی نصف درهم فقد تلف نصف ماله، ویعطی لصاحب الدرهمین درهم ونصف، فقد تلف ربع ماله، وقد ذکرنا اختلاف الفقهاء فی تلک المسأله، وقد ذهب بعضهم أن فی غیر مورد الروایه

يعمل بالقاعده لا حسب مناط النص.

وكيف كان، فقد قال الجواهر فى رد (قيل): إنه كالاجتهاد فى مقابله النص، ضروره ظهور الأدله نصاً وفتوى فى تنزيل الإقرار على الإشاعه فى الأسهم، مثل الإقرار بالدين.

ثم إن المسالك قال: (والضابط على الأول فى هذه الصوره ونظائرها أن يؤخذ أصل المسأله على قول المنكر، وأصلها على قول المقر، ونضرب أحدهما فى الآخر ويقسم الحاصل باعتبار مسأله الإنكار، فيدفع نصيب المنكر منه إليه، ثم باعتبار مسأله الإقرار فيدفع نصيب المقر منه إليه، ويدفع الباقى إلى المقر به، فمسأله الإنكار فى هذه الصوره من اثنين، ومسأله الإقرار من ثلاثه، فيضرب أحدهما فى الآخر فثلث المرتفع وهو اثنان للمقر، ونصفه ثلاثه للمنكر، ويبقى سهم الآخر.

وعلى الثاني: أن ينظر فى أصل المسأله على قول المنكر وتصرف إليه نصيبه منها، ثم يقسم الباقى بين المقر والمقر به، فإن انكسر صححته بالضرب، فأصل المسأله فى هذه الصوره على قول المنكر اثنان يدفع إليه أحد منهما، والآخر لا ينقسم على اثنين فيضرب اثنين فى أصل المسأله، فالمرتفع وهو أربعه نصفه للمنكر ونصفه الآخر لكل منهما واحد)((١)) انتهى.

ومنه يعلم أن ليس المعيار فى ذلك النسب، بل السبب أيضاً كذلك، سواء كان أحدهما أو كلاهما، فالأول كما إذا كانت له زوجتان وأقرت إحداهما بالثالثه، وأنكرت إحداهما، والثانى كما إذا كانت له زوجات وأولاد أنكر بعضهم بعضاً وأثبت بعضهم بعضاً، ففى الزوجات إذا كنّ أربع، سته حصلت المنكره على ثلاثه، والمقره على اثنين، والثالثه على واحد.

وعلى القول الأخر قسم النصف بين المقره والمقر لها نصفين، فيحصل

١- مسالك الأفهام: ج١١ ص١٣١ _ ١٣٢

كل واحده على واحد ونصف.

وإذا كان ولد منكر لزوجه ثانيه، وزوجه مقره لزوجه ثانيه، قسم الثمن بينهما على التفاضل، أو نصفين وسبعه أثمان للولد.

وإن كـان المنكر لهـا الزوجه، والولـد مقر بها أخـذت المنكره الثمن كاملاً واشتركت الثانيه مع الولـد فى سبعه الأثمان، إلى غير ذلك، وكيفيه التقسيم واضحه من القاعده السابقه.

أما لو أقر الزوج الميت بأن الثانيه زوجته، أو الثانى ولده، لم ينفع إنكار شخص آخر من الورثه لها أو له، أما عدم نفع الإنكار فى الولد فلما تقدم من أن الإقرار بالولد يوجب النسب المترتب عليه الإرث. وأما عدم نفع الإنكار فى الزوجه فلأن إقراره بها موجب لحمله على الصحيح، كما أن فعله فعل الأزواج معها يوجب ذلك، فلا حجيه للإنكار فى قبال أمره.

ثم إنه ظهر مما تقدم وجه قول الشرائع بعد عبارته المتقدمه: (ولو كانا ــ أى الولدان ــ معلومى النسب فأقرا بثالث ثبت نسبه إن كانا عـدلين، ولو أنكر الثـالث أحـدهما لم يلتفت إليه، وكانت التركه بينهما أثلاثاً، إذ مع شـهاده العـدلين لا مجال للإنكار نصـاً وإجماعاً).

نعم إذا كان عدلان يخالفان العدلين المثبتين تساقطا، وكان الأمر كما إذا لم يكونا لا هؤلاء ولا هؤلاء.

قـال فى القواعـد: (فـإذا أقر أحـد الولـدين خـاصه ولا وارث غيرهما بثالث، لم يثبت نسبه فى حق المنكر ولا المقر لعـدم تبعض النسب).

وفى مفتـاح الكرامه: إجماعـاً، كمـا فى التـذكره، وقـد صـرح بـالحكم فى جـامع المقاصـد، وهو قضـيه كلام المبسوط والتحرير والتلخيص.

أقول: لا إشكال فى عدم إمكان تبعض النسب واقعاً، أما ظاهراً بأن يرتب

على أحـدهما حكم النسب دون الآـخر فلا مانع، فإذا علم أحـدهما أنه أخوه، وعلم الآخر بأنه ليس بأخيه، رتب كل واحـد منهما معه أحكام ما علم، فلا يحق للمقر تزويجه ببنته، بينما يحق للآخر وهكذا.

ولـذا لم يعرف وجه قول مفتاح الكرامه: (والوجه فى عـدم ثبوته فى حق المنكر ظاهر، لأن تصـديقه معتبر، وقول المنكر مع عدم البينه مقدم، وفى حق المقر أن النسب أمر إضافى إن لم يثبت فى حق غيره امتنع ثبوته فى حقه خاصه، نعم ينفذ إقراره فى المال) انتهى.

إذ لاـ وجه لنفوذ إنكـار المنكر فى حق المقر، كما لا وجه للعكس، ولا فرق بين المال وغيره فى النفوذ فى حق المقر وعـدمه فى حق المنكر.

وعلى أى حـال، فـإذا كـان المنكر أنكر فى الجمله لاـ مطلقـاً أخـذ حسب إنكـاره، مثلًا قال: إنه أبى فقط، وهو يسـقط بالأبوينى، والمفروض أن المقر والمنكر كليهما أبويان، بينما المقر يقول: إن الثالث أيضاً أبوينى، إلى غير ذلك من الأمثله.

ص:۴۵۲

مسأله ۴۵ لو أقرت الزوجه بالولد

(مسأله ۴۵): قال فی الشرائع: (لو کان للمیت أخوه وزوجه فأقرت له بولدکان لها الثمن، فإن صدقها الإخوه کان الباقی للولد دون الإخوه).

أقول: کل ذلک علی القاعده، وقد تقدم أنه لو کان فی الورثه عدلان ثبت النسب أیضاً، بل وکذا إذا حصل التصادق من الکل وإن لم یکونوا عدولاً.

نعم إذا صدقها الإخوه أن للمیت ولداً، لکن أثبتوا أنه قاتل أو نحوه ممن لا یرث، حیث إن الطبقه السابقه إذا کان فیها مانع وصلت النوبه إلی الطبقه اللاحقه لا إرث.

ولذا قال الشرائع: (وکذا کل وارث فی الظاهر أقرّ بمن هو أقرب منه دفع إلیه جمیع ما فی یده، ولوکان مثله دفع إلیه من نصیبه بنسبه نصیبه).

أقول: فإذا أقر العم بأخ للمیت دفع إلیه کل نصیبه، ومنه یعلم إمکان ترامی الإرث کأن یقر فی المثال الأخ بالابن، کما أنه إذا انعکس ینزل الإرث حسب نزول الترامی، کما إذا اعترف من ظاهره أنه ابن أنه لیس بابن صلبی، وإنما متبنی، حیث یرجع إلی الأخ، فإذا قال الأخ کذلک یرجع إلی العم، وهکذا.

وکذا لو قال: إنه ابنی، لکنه لا یرث لقتل أو نحوه، حیث یصل إلی الأخ، وهکذا إذا قال الأخ حیث یصل إلی العم.

ومراد الشرائع من (مثله) من فی طبقته ذکراً کان أو أنثی، زوجاً أو زوجه، أو أولاداً، وقد تقدم میزان قدر الإعطاء إذا اعترف بعض الورثه دون بعض، وکذا إذا اعترف بمن لا یرث، لکنه یکون حاجباً، کما ذکر فی کتاب الإرث، حیث إن الحاجب یدفع النصیب الأعلی إلی الأدنی لیوفر الباقی علی غیره.

وعلی هذا، فإذا کانت أختان اعترفتا بأخ کان لهما النصف وله النصف، وإذا اعترفت إحداهما کان للأخت غیر المعترفه النصف وللأخت المعترفه واحد

من أربعه، وللأخ المقر به واحد من أربعه أيضاً، وإذا انعكس الأمر بأن كان أخوان اعترفا بأخت كان لها الخمس، وإن اعترف أحدهما كان لغير المعترف ثلاثه من سته، وللمعترف النصف إلا خمسه، إذ يبقى من نصيبها خمس آخر داخل فى نصيب الأخ غير المقر، إلى غير ذلك من الأمثله.

قال فى الشرائع: وإن أنكر الإخوه ــ أى الولد فى المثال السابق ــ كان لهم ثلاثه أرباع وللزوجه الثمن وباقى حصتها للولد).

أقول: لأن الإخوه لما أنكروا أخذوا نصيبهم الكامل، وهى لما أقرت أخذ نصيبها إذا كان لزوجها ولد وهو الثمن، والتفاوت بين الثمن والربع وهو ثمن أيضاً يعطى للابن الذى أقرت به.

ثم لو امتنع الولد من أخذ نصيبه استفسر، فإن كان الامتناع لأجل أنه لا يرى نفسه ولداً للميت، أو يرى أن فيه مانعاً كالقتل، رجع النصيب إلى من لولا الولد لكان له، وإن كان الامتناع لأجل أنه لا يريد نصيبه صار من المباحات، لأنه أعرض عنه، وقد ذكرنا فى كتاب إحياء الموات وغيره أن الإعراض يوجب سقوط الملك، فهو لمن سبق إليه، ولو لم يمكن الاستفسار فالظاهر أنه محكوم بالإعراض، إذ ظهور أنه له يترتب عليه ذلك فلا يرجع إلى الوارث لولاه.

قال فى الجواهر: (ولو أقر الوارث ظاهراً بمساو فأنكر المقر له نسب المقر وليس له بينه، ففى الدروس حاز المقر له التركه مع يمينه، عملاً بالمتفق عليه، فتأمل).

أقول: وجه قول الدروس أن ذا اليد أى المقر يعترف بأنه له باعترافه أنه وارث، فهو كما إذا اعترف صاحب الدار الذى فيها أنها لفلان، أما المقر فلم يثبت أن شيئاً من المال له، ووجه التأمل أنه باعترافه أنه وارث كان اعترافاً

بأن له قدر نصيبه الذى يصيبه مع كون المقر وارثاً، فليس إقراراً بأزيد من ذلك، والأزيد له باعتبار أنه ذو يد، وهذا أقرب وإن كانت المسأله بحاجه إلى تأمل أكثر.

ص:۴۵۵

مسأله ۴۶ لو أقر إنسان ببنوه میت

(مسأله ۴۶): قال فی الشرائع: (إذا مات صبی مجهول النسب فأقر إنسان ببنوته ثبت نسبه، صغیراً کان أو کبیراً، سواء کان له مال أو لم یکن).

وقد نقله مفتاح الکرامه عند فتوی القواعد بذلک، عن التحریر والتلخیص والدروس وجامع المقاصد والروضه، وقال: إنه قضیه إطلاق المبسوط والجامع واللمعه، بل فی المبسوط إنه لا خلاف فیه، وظاهره بین المسلمین، وفی الروضه إن علیه فتوی الأصحاب، وعن المسالک إنه مشهور بین الأصحاب، وادعی المبسوط علیه الاتفاق، ونسبه جامع المقاصد إلی الأصحاب، واستظهر فی الریاض أنه مجمع علیه، وعن التذکره التأمّل فیه فی الکبیر، وعن المسالک وجامع المقاصد ومجمع البرهان لا نص فیه ولا إجماع، انتهی الملخص من کلامه.

وتبعه فی النقل عنهم الجواهر.

والذی یمکن أن یستدل به لإطلاقهم، قاعده «إقرار العقلاء»((۱)) بعد أن لم یکن معارض، وأصاله الصحه فی أمر المسلم، والإجماع المتقدم، وبعض الروایات المتقدمه:

مثل الخبر: «إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ینتف عنه أبداً»((۲)).

والمرسل: رجل ادعی ولد امرأه لا یعرف له أب، ثم امتنع عن ذلک، قال (علیه السلام): «لیس له ذلک»((۳)).

وغیرهما مما تقدم، فإنها تشمل بالإطلاق أو المناط حتی للمیت.

قال فی الجواهر بعد ذکرهما: (إن الولد شامل بإطلاقه للصغیر والکبیر، والحی والمیت، والمجنون والعاقل، ولذا سمعت أن ظاهر النهایه عدم الفرق، إلاّ أنه لما کان الاتفاق علی غیره علی اعتبار التصدیق فی الکبیر، مؤیداً

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من أبواب کتاب الإقرار ح۲

۲- المستدرک: ج۳ ص۵۷۰ الباب ۴ من أبواب میراث الملاعنه ح۲

۳- الوسائل: ج۱۷ ص۵۶۵ الباب ۶ من أبواب میراث الملاعنه ح۳

باستبعاد نفوذ الإقرار فی حقه مع إنکاره حصل الشک فیه إذا کان مع ذلک حیاً عاقلاً. أما غیره فلا شک، خصوصاً بعد اتفاق الأصحاب کما عرفت علی ثبوت الحکم، ولیس ذلک إثبات شرطیه للتصدیق فی الکبیر علی کل حال حتی یقال لا دلیل علی سقوطها بالموت أو بالجنون، بل هو أخذ بالمتیقن بعد حصول الشک الذی قد عرفت کونه فیه خاصه دون غیره) انتهی.

وهو کلام جید، ولذا قال مفتاح الکرامه: (الوجه فی الصغیر واضح... وأما الکبیر فوجهه أنه فی حکم الصغیر والمجنون)((۱))، ولذا قال جامع المقاصد: إنه لا خلاف فی المجنون، فلا یمکن التصدیق فی حقه، فیسقط اعتباره فیه مثلهما، إلی آخر کلامه.

أقول: بل مقتضی أصاله الصحه فی ما لا منازع فیه أن یقبل إقراره فی نسب غیر الولد کالأب والأخ، بل والسبب کالزوج والزوجه، فإنه إن کان حیاً عاقلاً اعتبر تصدیقه للنص والفتوی کما تقدم.

أما إذا کان میتاً أو مجنوناً أو ما أشبه فلا دلیل علی اعتبار تصدیقه، بل المرکوز علی التصدیق لا فی الإرث فحسب بل فی سائر لوازمه، فإذا رؤی فی خباء رجل یغسل امرأه بعد موتها، فقال: إنها زوجته قبل منه، فإذا أراد تزویج أمها منع منه، وکذا فی غیر ذلک.

ولعل المرکوز الکاشف عن تلقی ذلک خلفاً عن سلف، بالإضافه إلی أصاله الصحه، وبناء العقلاء سبب الإطباق المتقدم ولو فی الجمله، خصوصاً فی السابق لم یکن أشیاء تعرف الأنساب مثل الهویه والجنسیه ونحوهما، ولذا قلنا یترتب آثار النسب فی الکبیرین المتصادقین، ویؤیده ما ذکروه فی المجنون، فقد قال القواعد: (وکذا المجنون لا یعتبر تصدیقه).

۱- مف تاح الکرامه: ج۲۲ ص۶۹۳ ط الحدیثه

قال فى مفتاح الكرامه: بلا خلاف كما فى المبسوط وجامع المقاصد والرياض، وقد حكى فى الأخير الإجماع عن بعض الأصحاب.

أقول: وقد سمعت كلام جامع المقاصد فى الفرع السابق، ومقتضى الصناعه عدم الفرق بين أن يبلغ عاقلاً ثم يجن، أو يبلغ مجنوناً، خلافاً لما عن التذكره والمسالك.

فالاستشكال فيما إذا بلغ عاقلاً ثم جن وكأنه أخذ بالقدر المتيقن فيه ما عرفت، كما أنه لو عقل المجنون ثم أنكر فقد عرفت فى إنكار الصبى بعد بلوغه أن مقتضى القاعده السماع، خلافاً لما عن التحرير والتلخيص والدروس من أنه لا يقبل إنكاره، وكأنه للاستصحاب الذى عرفت هناك عدم جريانه، والله سبحانه العالم.

ص:۴۵۸

مسأله ۴۷ لو أقر بابن لإحدى زوجتيه

(مسأله ۴۷): لو أقر بـابن إحـدى زوجتيه، فإمـا أن يعين أو لاـ وعلى الأـول فإمـا له معـارض أم لا، فإن عين بلا معارض عين بلا إشكال، للروايات المتقدمه فى الإقرار بالابن، ويكون ذلک الابن له ولتلک الزوجه.

ويؤيده بالإضافه إلى الروايات، السيره.

فلا يقال: إن تعيين أنه له ولها إنما ينفـذ فى حقه لا فى حقها وحق أقربائها، لأنه بالنسـبه لها إقرار فى حق الغير، وكذلک بالنسـبه إلى أقربائها.

فإنه منقوض بأن كونه ابناً له إقرار فى حق أقرباء نفسه بأن لا يتزوجها أخوه ويرث منه، إلى غير ذلک.

والعمده بناء العقلاء والنص والسيره، ولذا ذكروا أنه لو أقر بابن إحدى أمتيه وعينه لحق به، ولو ادعت الأخرى أن ولدها هو الذى أقر به، فالقول قول المقر، كما فى الشرائع وغيره.

وإن عين مع معارض، كما لو قالت الزوجه المعينه إنه ليس ابنها لم يستبعد أن يكون لها ذلک، إذ الأدله لم تدل على عدم اعتبار كلامهـا، فاللاـزم إثبـات أنه لهـا، وعليه كـان عليه البينه وعليهـا الحلف، فـإن حلفت نفى عنها وعن أقربائها، وثبت للمقر، وإن لم تحلف حلف الزوج وثبت، إلاّ إذا قلنا بكفايه النكول من المنكر فى الإثبات عليه، كما حقق فى كتاب القضاء.

وهل معارضه غير الزوجه توجب دفع الحكم عن المعارض، كما إذا ادعى الزوج أنه ولـد هنـد وأقرت هند، لكن أخوها أنكر أن يكون ولـدها، الظـاهر السـماع فى صوره إقرارهـا فكيف بصوره سـكوتها أو موتهـا مثلاً، إذ إطلاقات أدله الـدعوى تشـمله، فهى بالنسبه إلى كون الولد ولد أخته مدعيه وهو منكر، وكذلک إذا كانت ساكته أو ميته، فالزوج مدع وأخو هند منكر.

بل وكـذا الحال فى ما ادعى الرجل بنوه ولـد، وأنكره أخو الرجل مثلاً، فإن عـدم جعل المسأله من باب المدعى والمنكر خلاف أدلتهما، ودليل إقرار العقلاء ونحوه لايوجب الثبوت على المنكر.

هذا تمام الكلام فى كلا شقى

ص:۴۵۹

تعیین الرجل أن الولد من أیه زوجه من زوجتیه مثلاً.

أما إذا لم یعین، بأن قال هـذا من إحداهما، فإما أن تدعیه إحداهما أو لا تدعیه، أو کلتاهما تثبتان أو تنکران، فإن ادعته إحداهما وأنکرته الأـخری ثبت أنه منه لهـا، لعموم الإـقرار والسیره وبنـاء العقلاـء وبعض الروایـات المتقـدمه الـداله علی أن إقرارهـا نافذ کإقراره، وإن لم تدعه إحداهما أو أثبتته کلتاهما، فالقرعه لأنها لکل أمر مشکل([(۱)]).

أمـا اسـتخراج علی (علیه السـلام) للأـم بلطیف الاسـتخراج فی قصه المنشار([(۲)])، فـذلک اسـتعلام للحـال بمـا علم به، فلا ینافی القرعه التی هی المرجع فی مفروض بقاء الأمر المشکل.

وإن کانت کلتاهما تنکران، کان لهما ألحق فی ذلک، ولا تلحق بهما حینئذ.

نعم للزوج ونحوه إحلافهمـا، لقاعـده المـدعی والمنکر، اللهم إلاّـ إذا علم الحـاکم بـأنه لإحـداهما ولم یمکن الاسـتخراج، حیث یکون المرجع القرعه، وشبه بعض ما ذکرناه ذکره الفقهاء فی مسأله الأمتین، فراجع الشرائع والشرحین ومفتاح الکرامه وغیرها.

ثم إنه لو قـالت المرأه: إن أحـدهما زوجهـا، أو قـال الرجـل: إن إحـداهما زوجته، أو قـالت إنهما زوجاها، أو قال: إنهما زوجتاه، وهما أم وبنت، أو أختان، أو علم بأن إحداهما لیست زوجته، کشف الحق بالقواعد.

ففی الأول: إن أدعی أحـدهما ولم یدع الآخر لم یبعد القبول، لأن النتیجه أن رجلاً یدعی زوجیه امرأه، والمرأه لا تنکر، فالأصـل الصحه، فهو کما إذا قالت: إن أباها زوّجها من رجل، ولا تعلم من هو، ویدعی رجل أنه هو،

۱- الوسائل: ج۱۸ ص۱۹۱ الباب ۱۳ من أبواب کیفیه الحکم ح۱۸

۲- الوسائل: ج۱۸ ص۲۱۲ الباب ۲۱ من أبواب کیفیه الحکم وأحکام الدعوی ح ۱۱

نعم لا يبعد الاحتياط بالحلف عليه.

وإن ادعى كلاهما، أو أنكر كلاهما، أو قالا: لا نعلم، ولا بينه، فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، فى الأول والأخير، وفى الوسط كان لهـا عليهمـا الحلف لقاعـده المـدعى والمنكر، فهو كمـا إذا ادعت زوجيه رجـل وأنكر الرجل، حيث إنها إذا لم تقم بينه كان لها على الرجل الحلف.

وفى الثاني: يأتى الكلام فى الأول لكن بعكسه بفارق، لأنهما إما مثبتتان أو منكرتان، أو تقولان لا نعلم، أو تثبت إحـداهما وتنكر الأخرى، أوتثبت أو تنكر إحداهما، وتقول الأخرى لا أعلم.

ففى الأول: بـأن اثبتتا، فإن علمنا بأن إحـداهما زوجته لا الأخرى قطعاً، أخرجنا الأمر بالقرعه، وإن احتملنا أن كلتيهما زوجته وهو يدعى زوجيه واحده فقط، كان عليهما الإثبات، فإذا أقامتا بينه فهو، وأن أقامت إحداهما فقط كان للأخرى عليه الحلف ـ حلف أنه لا يعلم أنها زوجته ـ

وإن لم تقيما ولا واحده منهما بينه، كان عليه أن يحلف بأنه لا يعلم أن أيتهما زوجته، وأن يحلف أنه لا تكون الاثنتان معاً زوجته ولو احتياطاً، ثم يقرع لاستخراج أن أيتهما زوجته.

وفى الثاني: بأن أنكرتا، كان له عليهما الحلف، فيما لم يعلم الحاكم كذبهما، وإلا كان المجال للقرعه، كما هو واضح.

وفى الثـالث: بأن قالتا لا نعلم حلفتا، ولا اعتبار بعلم الرجل فى أن إحـداهما زوجته إلاّ فى لزوم ترتيب آثار العلم الإجمالى، أى لا يتمكن أن يأخـذ أختهما أو بنتهما أو أمهما على القواعـد المقرره، وإذا مات أعطى الربع أو الثمن لهما بالتنصـيف لقاعده العدل، ولا يتمكن من أخذ الخامسه، إلى غير ذلك.

ص:۴۶۱

ولاـ يخفى أنه لاـ يرتفع بعض الآثـار بالطلاـق، وإن صـح له أن يطلق زوجته منهما، إذ لا دليل على لزوم أن يعلم الإنسان من هى زوجته بعينها حتى يصـح له طلاقها، فإذا دخل بها لم يجز له اتخاذ أمها أو بنتها، وإذا لم يدخل بها لم يجز له اتخاذ أمها، أما بنتها فلا بأس.

قال سبحانه: (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن)((١)).

ويصـح له بعـد الطلاق التزويج ببنت أختهما وأخيهما، بخلاف قبل ذلك، إلى غيرها من الأحكام، أما المهر فاللازم إعطاؤه لهما على التنصيف، لقاعده العدل.

وفى الرابع: وهو مـا أثبتت إحـداهما وأنكرت الأخرى، فالمقره لا ينفع له فى أخـذها، إذ هو لا يعلم هل أنها زوجته أو لا، وعلمها لا يكفى له، كما فى العكس لا يكفى لها، مثلاً قال الرجل: إنها زوجته، وهى لا تعلم بأنها هل هى زوجه له أم لا، فاللازم له وهو لا يعلم أن أيتهما زوجته الفحص، وإن قالت هى إنها زوجته قطعاً، فإذا لم ينفع الفحص لم تبعد القرعه، لأنه مشكل، فحال المقام حـال ما إذا زوج بإحـداهما وهو لا يعلم وهما لا تعلمان أيضاً، والمنكره لها أن تعمل بنفسـها ما تشاء من الزواج إلا إذا أقام البينه أن إحـداهما زوجته، حيث لاـ حق لهـا فى الزواج بعـد علم الحـاكم إجمالاً بأن إحـداهما زوجته، وعـدم نفع قول المقره إنها هى زوجته.

نعم المنكره لا حق لها فى المهر والإرث، لاعترافها بأنها لا حق لها.

وقد ظهر مما تقدم حال الخامس والسادس، وهما ما إذا قالت إحداهما: إنها

١- سوره النساء: الآيه ٢٣

زوجته، أو أنكرت، وقالت الأخرى: إنها لا تعلم.

وفى الثالث: بأن قالت: إنهما زوجاها، فإن فسرت بالطوليين قبل، وإن فسرت بالعرضين، فالظاهر القبول فى أحدهما، إذ ضم الإقرار الصحيح بالإقرار الباطل لا يوجب بطلان الصحيح، كما إذا قال: هاتان الأختان زوجتاه، أو قال: هذه الخمسه زوجاته، أو هذه الأم والبنت زوجتاه، أو قال: هذان لزيد، وأحدهما خمر والآخر ماء، أو أحدهما خنزير والآخر شاه.

وإن لم تفسر، فالقرعه، كما إذا ماتوا جميعاً بمالم يدع مجالاً لغير القرعه.

ومنه يعلم الكلام فى الرابع: وهوما إذا قال: إنهما زوجتاه.

وفى المقام فروع كثيره تعلم مما سبق.

ص:۴۶۳

مسأله ۴۸ ما يثبت النسب

(مسأله ۴۸): يثبت النسب بشـهاده عـدلين والشياع، وقـد ذكرنا فی بعض مباحث (الفقه) عـدم احتياجه إلى التقييد بمورث العلم، وإن قيده المشهور به.

وفی ثبوته بشـهاده رجـل وامرأتين، أو رجـل ويمين، مـا ذكرنـاه فی كتـاب الشـهادات، والظـاهر ثبوته بشـهاده ثقتين بالنسبه إلى الأديان الأخر، لأن الثقتين حجه عنـدهم، بل يكفی ما يلتزمون به من طرق الإثبات، لقاعـده «ألزموهم»، بل وللمناط فی «لكل قوم نكاح».

وعليه، إذا أسلموا وقد ثبت عندهم بطرقهم كفی للاستصحاب، أما طريقتنا فهی نافذه بالنسبه إليهم إذا أردنا أن نحكم، بأن حولوا حكمهم إلينا، وإن كان لا يثبت عادلان من عندنا عندهم، حيث يرون المسـلمين كفاراً غير مقبولی الشهاده مثلاً، وذلك لحكومه ما دل على كفايه شهادتنا بالنسبه إلى غيرنا، كما ذكرناه فی كتاب الشهادات.

ومنه يعلم أنه لو كان طرف مسلماً والآخر غير مسلم، كان لكل جانب حكمه.

ثم إنه قـد تقدم أنه لا إشـكال نصاً وفتوىً فی عدم الاعتبار بشـهاده فاسـقين ولو كانا وارثين، نعم يؤخذ بإقرارهما على أنفسـهما، وقد ذكر المسأله الفاضلان وشراحهما وغيرهم.

ويكفی فی عدم الأخذ بالشهاده عدم العلم بالعداله، وإن لم يعلم الفسق أيضاً، كما فصل فی كتاب الشهادات.

والظـاهر أنه يكفی فی ترتيب آثار الجامع لو شـهد أحـدهما بمطلق النسب والآخر بخصوصـيته، بأن كان بينهما عموم مطلق، كما إذا قال أحـدهما: بأنه ولـد زيد، وقال الآخر: إنه يعلم أنه منسوب إليه فی الجمله، إما ولده أو أبوه، أو قال: بأنه إما ولده أو أخوه، لأن الجامع مشهود عليه.

نعم لا تثبت الخصوصيه، وذلك بخلاف ما إذا كان بينهما تباين، وإن كان بينهما جامع أعم كما إذا قال أحدهما: إنه ابنه، والآخر: إنه أخوه، كذا قيل.

لكن ربما يحتمل ثبوت الجامع فی الثانی أیضاً، لشهادتهما بالجامع، ويستشكل أنه مثل زنت صباحاً، وزنت مساءً، حيث لا يثبت الجامع، لا لأن الحدود تدرؤ بالشبهات، بل الحكم كذلك لوقال أحدهما: استقرض منه صباحاً، وقال الآخر: بل عصراً.

والمسأله بحاجه إلى تأمّل أكثر، وإن كان مقتضى القاعده أنه لو شك فی ثبوت النسب، كان الأصل عدم الثبوت، وقد ذكرنا بعض تفصيل الكلام فی كتابی الشهادات والحدود.

قال فی الشرائع: (لو شهد الأخوان وكانا عدلين بابن للميت، يثبت نسبه وميراثه، ولا يكون ذلك دوراً).

أقول: أما ثبوت نسبه فبلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق أدله الشهاده، وبعض الإطلاقات فی باب الإقرار كما تقدم، بل ربما قيل هذه المسأله محل وفاق حتى من العامه.

وأما ميراثه للمال، فهو مقتضى القاعده بعد ثبوت النسب، بل عن ظاهر التذكره الإجماع عليه.

وأما وجه احتمال الدور فهو ما ذكره المبسوط فی محكی كلامه، وكأنه نقله عن العامه كما عن محكی السرائر، قال: يثبت نسبه ولا يرث، لأنه لو كان ورث لحجب الأخوين وخرجا عن الإرث فيبطل إقرارهما، لأنه إقرار ممن ليس بوارث فيبطل النسب فيبطل الإرث، فيلزم من صحه الإرث بطلانه، ومن بطلانه صحته.

أما وجه عدم ورود هذا الدور، فلما ذكره المبسوط بعد ذلك بقوله: ولو قلنا يثبت الميراث كان قوياً، لأنه يكون قد ثبت بشهادتهما فيتبعه الميراث لا بالإقرار.

أقول: نقل كل ذلك مفتاح الكرامه، وتبعه الجواهر، ثم نقل عن السرائر أن مراد الشيخ بكلامه الثانى أن الدور يلزم من جعلهما مقرين، لا من جعلهما شاهدين، ونحن نجعلهما شاهدين، إذ العداله هى المؤثره لا الإرث عندنا.

ثم قال: (قلت: ولا يلزم أيضاً لو جعلناهما وراثين، لأن الشرط كونهما وارثين ظاهراً، بل لا يصح اعتبار كونه وارثاً فى نفس الأمر، لأن ذلك لا يجتمع مع خروجه عن الإرث) إلى آخر كلامه.

أقول: ولو قال: أنا ابنه ولا أرث، أعطى للأخ، لوكان الأخ بعده، لقبول إقراره فى أنه لا يرث لاحتمال كونه قاتلًا أو ما أشبه.

أما إذا علم بأنّه أبنه وبأنه لا مانع فيه لم يقبل إقراره، لأن الإقرار طريقى كما تقدم، فلا يصادم العلم.

ولو كان المشهور بأنه ابنه، أو الثابت شرعاً بإقرار أو بينه، وقال إنى لست ابنه فلا أرث لم ينفع، لأن الثبوت شرعاً يقف دون إقراره، فإذا كان ولداً ورث، وقوله: (فلا) تعقيب فليس إقراراً مستقلًا حتى يؤثر.

نعم لو قال: (ولا أرث) كان إقراراً مستقلًا، وقد تقدم أن بطلان بعض الإقرار لا يوجب بطلان بعضه الآخر إذا لم يكن تلازم، وإلا بطلا، وعدم التلازم مثل هذان له وأحدهما خمر والآخر خل، والتلازم مثل بعته كال بكال فهذا له، حيث إن بطلان البيع يوجب بطلان المتفرع له، إلى غير ذلك.

قال فى الشرائع: (ولو كانا فاسقين لم يثبت النسب، ولكن يستحق دونهما الإرث).

وقد تبعه القواعد وغيره، بل فى الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده فيه، وكأنه نظر إلى ما فى مفتاح الكرامه، حيث قال: وقد يلوح عدم ثبوت الميراث فى الكافى والوسيله والجامع.

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره الفاضلان وغيرهم.

ص:۴۶۶

مسأله ۴۹ لو قال: له ذريه، ففسرها بالأحفاد

(مسأله ۴۹): قال فى الشرائع: (لو أقر بوارثين أولى منه فصدقه كل واحد منهما عن نفسه لم يثبت النسب، ويثبت الميراث ودفع إليهما ما فى يده).

أقول: قد يقر الأخ مثلاً بابن للميت، وقد يقر بابنين دفعه، وقد يقر بابنين تدريجاً، فللمسأله ثلاث صور:

أما الأولى: فلا ينبغى الإشكال فى ثبوت الميراث للمقر له، إذا كان الأخ وارثاً فعلًا، لقاعده «إقرار العقلاء»((۱)) وغيرها مما تقدم، أما إذا لم يكن وارثاً فعلاً كما إذا كان قاتلًا، لم يقبل، لأنه ليس إقراراً على نفسه، إذ لو لم يكن له ولد ولا أخ وارث وصلت النوبه إلى المرتبه المتأخره إلى أن تصل إلى الإمام ونائبه، وكذلك إذا كان الأخ لا يرث لأنه من الزنا مثلًا.

أما إذا أقر بأن للميت ولداً، ثم فسره بأنه ولد زنا، فهل يقبل لأنه محتمل إقراره الذى ليس الظاهر خلافه، فلا يوجب إقراره الإرث، أو لا يقبل لانصراف الولد إلى الولد الحلال، فهو من إنكار الإقرار، احتمالان، ولعل الأعراف مختلفه، وإن كان لا يبعد الثانى فى عرف المتدينين، خصوصاً ولا يثبت الزنا على شخص إلّا بالشهود مع سائر الشرائط.

ولو قال الابن: له ذريه، ثم فسرها بأولاد الأولاد، مما لا يوجب شركه فى إرثه يقبل، لأن الذريه تطلق عليهم بلا عنايه، فليس تفسيره خلاف الظاهر.

وأما الثانيه: وهى ما إذا أقر بابنين دفعه، كان الميراث لهما، لأنه من إقرار العقلاء، ولا يقال: إنه والحال هذه لا يرث، فليس من (على نفسه) إذ قد عرفت أن المعيار أن يكون الشىء له ظاهراً، فهذه السلطه التى لولا الإقرار كانت له تقطع بإقراره، فإقراره عليه.

ثم إن قول الشرائع: (لم يثبت النسب)، بناءً على ما تقدم منهم من عدم

۱- الوسائل: ج۱۶ ص۱۱۱ الباب ۳ من أبواب كتاب الإقرار ح۲

الثبوت، ولو مع التصادق وعـدم المنازع، إلاّ إذا كان من شـهاده عـدلين بأن كان المقر عـدلاً، وهما عدلين وتصادق العدلان كل الآـخر ثبت، كمـا ذكره الجواهر هنـا أيضاً، لكن قـد تقـدم ظهور بعض الروايات المتقـدمه، بالإضافه إلى بناء العقلاء والسيره فى ثبوت النسب أيضاً.

ثم إن الجواهر قال: (ولو صدق أحدهما الآخر وكان عدلاً، والمقر أيضاً عدلاً، اختص بالميراث دون الآخر، لثبوت نسبه دونه).

أقول: وفيه نظر، إذ المال تحت سلطه المقر، وهو دفع سلطته لهما لا لأحدهما، وثبوت نسب أحدهما شرعاً لا يرتبط بالإقرار.

ومثله ما لو شـهد شاهـدان أن زيـداً ولـد عمرو، وكان بكر وهو من عنـده مال عمرو يعلم أن زيداً وخالداً إخوه، فإنه يسلّم المال إليهمـا، لاـ إلى من قـامت عليه البيّنه، إلاّـ إذا حكم الحـاكم بـذلك ولم يكن له مهرب منه، إذ البينه لا تغير الواقع بعـد أن كانت طريقاً، كما حقق فى محله.

قال فى الشرائع: ولو تناكرا بينهما لم يلتفت إلى إنكارهما.

وفى الجواهر: بلا خلاف فيه، لأن اسـتحقاقهما للإرث ثبت فى حاله واحـده، وهى الإقرار بهما دفعه، فلم يكن أحـدهما أولى من الآخر، بخلاف ما لو أقر بأحدهما ثم أقر بالآخر، فإن اشتراكهما فى التركه متوقف على مصادقه الأول.

أقول: لاـ فرق فى إقراره بهمـا دفعةً أو مرتبـاً فى وجوب دفع المـال إليهمـا إذا علم بأنهما أولاده، سواء كان علمه دفعةً أوتـدريجاً مقدماً فى المؤخر، أو مؤخراً فيه، وذلك لأن الإقرار لا يغير الواقع، وبهذا ظهرت الصوره الثالثه.

نعم للأـول أن ينـازع بأنـك أقررت بى، وإقرارك كـان معناه أن كل المال لى، فإرادتك إعطاء المال للآخر سلب لمالى، لا أن الإقرار على نفسك، وحينئذ

فإن خصمه فی المنازعه لدی الحاکم کان المشهور أن یعطی الأول کل المال، والثانی بقدر نصفه، علی ما ذکروه فی الإقرار لهذا مره ولهذا مره.

أما بناءً علی ما اخترناه هناک، فهو أن یقول: کل الدار لزید، ثم یقول: نصفها لعمرو، حیث إن قاعده العدل تقتضی عدم ضرر المقر بعد أن علم أنه لیس علیه إلّا الدار فقط، فیعطی للأول ثلاثه أرباعها، وللثانی ربعها.

قال فی الجواهر: وکذا لا یلتفت إلی تناکر التوأمین، فلو أقر الأخ ببنوه أحد التوأمین لحقه الآخر، ولا اعتبار بإنکار أحدهما صاحبه.

أقول: إذا ثبت علمیاً إمکان أن یکون التوأم من رجلین، وادعی المقر أنه لا یعلم کون کلیهما لأخیه، بل أحدهما، لأن الآخر وطی شبهه أو زنا، لم یکن الإقرار بأحدهما إقراراً بالآخر، ویمکن ذلک بأن یعلم أن الثانی ولاده الأول انعقاداً هو لأخیه قطعاً، أو بالعکس، کما دل علی أن الأول ولاده أصغرهما لأنه انعقد بعد انعقاد الثانی ولاده.

ومنه یعلم حکم تناکر التوأمین، وحکم ما إذا ادعی أحدهما أنه لیس توأماً، وآخر أنهما توأمان.

قال فی الشرائع: ولو أقر بوارث أولی منه، ثم أقر بآخر أولی منهما، فإن صدقه المقر له الأول دفع المال إلی الثانی، وإن کذبه دفع المقر إلی الأول المال وغرمه للثانی.

أقول: هو کما إذا أقر العم للمیت بأخ للمیت، ثم أقر بابن للمیت، وقد عرفت أن فتواه بالغرامه للثانی مبنی علی ما تقدم من إقراره للأول ثم للثانی، وقد عرفت النظر فیه، فإن مقتضی قاعده العدل کون المال بینهما، فتأمّل.

قال فی القواعد: ولو کان المقر العم بعد إقراره بالأخ، فإن صدقه الأخ

فالتركه للولد، وإن كذبه فالتركه للأخ ويغرم العم التركه للولد إن نفى وارثاً غيره وإلا فإشكال.

أقول: لعل وجه إشكاله أنه إن لم ينف وارثاً غيره لم يكن إقراراً بأن المال للعم، فإن من يقول: إن لزيد الميت أخاً ليس معناه أن المال له، ولـذا قال فى المسالك فى مسأله شبيهه بهـذه المسأله: (إنه لا منافاه بين الإقرار بالأخ والإقرار بالولد، لإمكان اجتماعهما على الصدق، بخلاف قوله: لفلان بل لفلان، وبإمكان أن لا يكون عالماً بالولد حين أقر بالأخ فلا تقصير)، إلى آخر كلامه.

وعليه يفرق بين قوله: هـذا لأخ الميت، وبين قوله: للميت أخ، وقد أطال مفتاح الكرامه وتبعه الجواهر فى نقل الأقوال فى المسأله، والتأييـد والرد، لكن حيث عرفت أنه لاـ وجه لغرامه العم مالين للأخ والابن، وأنه خلاف دليل «لا ضـرر»، ولا يشـمله «على اليـد» بالنسـبه إلى مالين، كان مقتضى القاعده الفحص عن صحه قوله الثانى وعدمها، فإن صح أعطى المال للابن، وإن لم يصح أعطى للأـخ، وإن لم ينته الفحص إلى نتيجه كـان المـال مردداً بينهمـا، ومقتضـاه إجراء قاعـده العـدل، خصوصاً كثيراً ما لا يكون المقر عالماً بالولد حين أقر بالأخ، أو مثل ذلك.

نعم إن كـان دفع العم المـال إلى الأـخ بـدون إعلامه بأنه إرث، وصـرفه الأخ كان مغروراً، وهو يرجع إلى من غر، أما إذا قال له: إرث أخيه وصـرفه لم يغرم العم، سواء علم الأـخ بالاـبن أم لا، أما إذا علم فلأنه تصـرف فى ماله عامـداً، وأما إذا لم يعلم فلـدليل «على اليـد» بعد أن لم يكن العم غاراً حتى يرجع إليه، فهو مثل ما إذا دفع من عليه الخمس مالاً إلى زيد باعتبار أنه فقير وقال: إنه خمس، وتصرف فيه، والحال أنه ليس بفقير فإنه ضامن، لدليل

«على اليد»، إذ تصرف فيما ليس مستحقاً له، وإن لم يكن تصرفه حراماً لجهله بأنه لا يستحقه الغنى، فإن جهل الغاصب لا يرفع تكليفه بالضمان الذى توجه إليه بسبب يده، وليس هنا غار حتى تكون تبعه الضمان عليه.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى قول الشرائع وغيره، بعد كلامه السابق: (ولو كان الثانى مساوياً للمقر له أولاً، ولم يصدقه الأول، دفع المقر إلى الثانى مثل نصف ما حصل الأول) انتهى.

إذ مستنده وهو خساره المقر قد عرفت النظر فيه.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول القواعد، قال: (لو أقر الأخ بولد للميت فالمال للولد، فإن أقر بآخر فإن صدقه الأول فالتركه بينهما، وإن كذبه فالتركه للأول ويغرم النصف للثانى وإن أنكر الثانى للأول، وإن أقر بثالث فإن صدقه الأول فله النصف، وإن كذبه غرم المقر الثلث(انتهى.

ولو قال الأخ: له ولد وبنت، وأعطى الأول ضعف الثانى، ثم ظهر أنهما ولدان، فعلى فتواهم غرم بقدر نصف ما أعطى الثانى، لأنه حرمه من ثلث نصيبه، وعلى ما نرى لا شىء عليه، بل اللازم استدراك الثانى بقيه حقه من الأول، إلاّ إذا كان الأول مغروراً، فهو يرجع إلى من غره لدى تلف المال.

ومنه يعلم ما إذا أقر ببنتين وأعطاهما متساوياً ثم ظهر أن أحدهما ولد، إلى غير ذلك من الفروض.

ثم إن الكلام فى الإرث ينسحب إلى الوصيه والوقف فى ما أقر ثم ظهر أولى من المقر له، أو مساو له فأقر به ثانياً، إذ الباب فى الجميع واحد.

ولو أقر العم بابن للميت وأعطاه المال مثلاً ثم أقر بأنه كان قاتلاً، وأن المال للأخ، كانت الغرامه على الابن فيجبر على دفعه إلى أخ الميت وإن أتلفه، إلاّ إذا كان مغروراً كما تقدم، فإن لم يمكن الجبر، فهل يؤخذ من المقر، لأنه

سلطه على مـال الأـخ، الظـاهر ذلـك، لأـنه متلف فيشـمله دليـل «من أتلف» و«اليـد»، ولاـ ينفع إبـدائه كـان جاهلاًـ ولا (ما على المحسنين من سبيل)([(۱)](#)، إذ الضـمان لا يرتبط بالعلم والجهل، كما أن المحسن لا يسـقط الإحسان ضمانه، وإلا فلو رمى شبحاً بظن أنه حيوان مفترس فظهر إنساناً محقون الدم، كان اللازم عدم ديته، والسبب أن الآيه([(۲)](#)) منصرفه عن الضمان.

ولاـ يخفى الفرق بين المقـام حيث نقول بالضـمان، وبين الإقرار لنفرين تـدريجاً، حيث لم نقل، إذ هنا أتلف مال الوارث بإعطائه لغير المسـتحق، فهو كمـا إذا ظن الأـجنبى وارثاً فأعطاه المال، أما فى الإقرار التـدريجى المال بينهما، فقاعـده العـدل محكمه، ولا مجال لها هنا، وإن كانت المسأله بحاجه إلى التأمل.

ولو أقر الأخ بابن للميت وأن له الإرث، فقال الولد: إنى لا أسـتحق، ولـم يمكن الاستفسار عن سببه، فالظاهر أن المال يكون للاخ لأصاله الصحه فى عمل الميت الذى له المال، فاحتمال أن الولد يعرف أن المال ليس للميت وأنه كان غاصباً لا يضر.

أما إذا قال الولد: لا آخذ، مما احتمل أنه إعراض لا أنه غير مسـتحق، فالمال يكون من المباحات، ولا يكون للأخ، بل لمن سبق، كسائر أقسام الإعراض فإذا سبق إليه أحد من أخ أو غيره صار له، وللمسأله فروع لا نطيل المقام بذكرها.

قال فى الجواهر: (ولو أقر أحـد الأخوين بولـد، وكـذبه الآخر، أخذ الولد نصـيب المقر خاصه، فإن أقر المنكر بأخ دفع إليه ما فى يده، ولو أقر به الأخ الأول الذى أقر بالأول أيضاً، لم يكن عليه غرم لوصول نصيب كل من

۱- سوره التوبه: الآيه ۹۱

۲- سوره التوبه: الآيه ۹۱

الولدين إليه).

أقول: أما الأول: فلأن المكـذب يأخـذ حقه، والمقر حيث يرى أولى منه يلزم عليه أن يدفع إليه حقه، وكذا الكلام فى إقرار أحد العّمين بالأخ، وإنكار العم الآخر، أما إذا أقر أحد الأخوين بالبنت والولد أعطاهما حصته بالتثليث وهكذا.

وأما الثانى: فلأن كل أخ يعترف بولـد، فكل واحـد منهما يـدفع نصـيبه إلى ذلك الولـد الـذى اعترف به فقوله: (بأخ) يراد به أخ للولـد، لا الأخ للميت، ولـذا فرع عليه: (ولو أقر به الأخ الأول)، ومعناه أن أحـد الأخوين أقر بولد واحد، والأخ الآخر أقر بولدين، فإن دفع المقر بالولـدين مما هو نصـيبه إلى أحد الولدين لا يضـر بعد أن دفع الآخ المقر بولد واحد نصـيبه إلى ذلك الولد الذى أقر به.

ص:٤٧٣

مسأله ۵۰ لو أقر بزوج المیته

(مسأله ۵۰): قال فی الشرائع: (لو أقر بزوج للمیته ولها ولد أعطاه ربع نصیبه، وإن لم یکن ولد أعطاه نصفه).

أقول: المسأله عنونها النهایه والسرائر ومن تأخر، وقد أشکل علیهما المحقق والشهید الثانیان وغیرهما، بأن الأمر لا یستقیم مطلقاً، إذ لیس نصیب الزوج الربع مطلقاً فی صوره الإقرار به، إلاّ أن ینزل کلام الجماعه هنا علی حمل الإقرار علی الإشاعه، فیقتضی الإقرار بالزوج أن یکون له فی کل شیء ربعه أو نصیبه سواء کان النصیب ثابتاً علی التقدیرین أم لا، وهذا حسن، إلاّ أنه لا یطابق ما سلف من الفروض، فإنهم لم ینزلوها علی الإشاعه، کذا فی المسالک.

ولکنک عرفت سابقاً أن القول بالإشاعه مخالف للنص والفتوی فلا جوده.

ولذا قال الجواهر: (إن النص والفتوی علی خلاف قاعده الشرکه)، ثم قال: (یمکن حمل إطلاقهم علی صوره اتحاد الوارث ولداً أو أباً أو أماً، فإنه یعطی الربع أو النصف مما فی یده الذی هو جمیع الترکه، کما عساه یشعر به اتحاد الضمیر فی کلامهم) إلی آخر کلامه، ومنه یعرف أنه یعطیه أحیاناً الربع، وأحیاناً أقل أو أکثر علی القاعده السابقه.

ولو أقر بزوج وزوجه للمیته بأن کانت خنثی، کان اللازم بعد عدم ظهور أنها أیهما القرعه وإعطاء من خرجت باسمه نصیبه، کما أنه کذلک إذا ماتت عنهما ولم یعلم الترکه لمن، ویحتمل إجراء قاعده العدل، حیث تقسم الحصه بینهما بالنسبه مع ملاحظه نصیب غیر الزوجه إذا کانت الزوجه صحیحه، فیفرض أنه إذا کان الزوج صحیحاً له کل المال، وإذا کانت الزوجه صحیحه لها ربع المال والباقی لوارث غیرها، فقاعده العدل تقتضی أن یکون المال بین الثلاثه بالنسبه.

قال فی الشرائع: (ولو أقر بزوج آخر لم یقبل، ولو أکذب إقراره

الأول أغرم للثانی مثل ما حصل للأول).

أقول: قد یکون الإقرار بزوجین دفعه، وهذا لا مانع منه، وحینئذ إن لم یصل الفحص عن صحه أیهما وبطلان الآخر، کان المجال للقرعه أو لقاعده العدل، فهو مثل ما إذا علم أن رجلین یذهبان إلیها جهلاً منهم بعدم صحه اتخاذها زوجین، أو أن أحدهم کان خلاً والآخر زوجاً، ولم یعلم أن أی الرجلین هو الزوج. وکذلک الحال فی سائر الورثه، کما إذا علمنا أن إحداهما زوجته والأخری خلیلته واشتبهتا، أو أن أحدهما ولده والآخر متبنی.

وقد یکون الإقرار تدریجاً بأن قال: زید زوجها وعمرو، فالمشهور إعطاء المال للأول للإقرار، والغرامه بمثله أو قیمته للثانی، لقاعده الحیلوله.

وقد ادعی الجواهر فی الفرع الأول عدم الخلاف والإشکال، وفی الفرع الثانی عدم الإشکال، لکنک قد عرفت سابقاً أن ما اشتهر بینهم من الغرامه خلاف الصناعه، حیث إن «علی الید» ونحوه لا یشمل المقام بعد أن علمنا إجمالاً أن المال لأحدهما بضمیمه «لا ضرر» ونحوه، فاللازم الفحص ثم إجراء قاعده العدل، حیث یعلم أن المال لهما، فکما أنه إذا علمنا أن المال لأحدهما کان اللازم القرعه أو قاعده العدل، کذلک فی المقام، حیث إن الإقرار لا موضوعیه له، فدلیل «إقرار العقلاء» لا یتمکن أن یقاوم العلم الإجمالی کسائر الأدله التی لا تقاومه، والعلم الإجمالی بأن علیه أن یعطی المال لهذا أو لذاک حاله حال ما إذا علم إجمالاً أنه مدیون خمساً أو زکاهً، حیث ذکر الجواهر وغیره بإجراء قاعده العدل، وقد فصلنا الکلام حول ذلک فی کتاب الخمس.

قال فی المسالک: (أما مع تکذیبه إقراره الأول) ـ مثلاً قال: زید زوجها، عمرو زوجها ـ (فلا غرم للثانی، لأن إقراره الثانی مع الحکم بصحه الأول یکون إقراراً بأمر ممتنع فی شرع الإسلام، فلا یترتب علیه أثر، ولو قیل بأنه

يغرم للثانى بمجرد الإقرار كان قوياً لأصاله صحه الإقرار وكون زوجيه الثانى ممتنعه فى نفس الأمر ممنوع، بل من الممكن كونه هو الزوج والأول وقع خطأً أو غلطاً، وإلغاء الإقرار فى حق المقر مع إمكان صحته ينافى عموم قبول «إقرار العقلاء على أنفسهم»، والوجه أنه يغرم مطلقاً إن لم يظهر لكلامه تأويلاً محتملا فى حقه) انتهى.

أقول: الامتناع الشرعى قد يوجب عدم الإرث، كما لو قال: إن أباها زوجها وكان ممتنعاً فى المسلم، فهو إقرار باطل لا يوجب شيئاً، وكان إقراره الأول مشمولاً لإقرار العقلاء، وكذا إذا انعكس بأن كان إقراره الأول كذلك، والثانى صحيحاً، وهكذا إذا جمعها بأن قال: هما زوجاها، لما تقدم فى بعض المسائل أن الجمع بين الصحيح وغير الصحيح لا يوجب بطلان الصحيح، لشمول «إقرار العقلاء» له بدون محذور، وقد لا يوجبه لاحتمال أن يكون الثانى صحيحاً دون الأول، أو بالعكس، أو كلاهما صحيحاً بإراده المقر فى زمانين.

وعلى هذه الاحتمالات، إن كان ظاهر أخذ به ويعمل على ذلك، مثلًا إن كان ظاهر كلامه أنهما زوجاها طولًا، استفسر عن أن أيهما الآن زوجها، ويقبل تفسيره، لأن المال بيده، فهو إقرار على نفسه.

وإن كان ظاهره أنهما الآن زوجاها وأتى بوجه ممكن فى حقه، بأن قال: إن أحدهما خليلها وكنت أزعم أنه يصبح زوجاً، لم يستبعد قبول كلامه، لأنه مع الاحتمال العقلائى لا يصدق «إقرار العقلاء».

ومن ما تقدم يظهر وجه النظر فى قول من قال بالغرامه للثانى، حيث قد سبق مكرراً أنه خلاف الصناعه.

قال فى الجواهر: لو اقتصر على الإقرار بزوج آخر بدون التكذيب (فعن الأكثر بل المشهور اعتبار التكذيب فى الغرامه، وإلا كان إقراراً لغواً ولا

ص:۴۷۶

غرامه، بـل فى القواعـد ومحكى التـذكره نسـبته إلى الظاهر من كلام الأصـحاب، وعن الفخر والشـهيد فى حواشـيه أن من قواعد الأصحاب الغرامه بالإقرار المضاد للأول إلاّ فى الزوجيه والميراث للنص عليه، وعن التنقيح نحو ذلك)([(١)](#content_note_477_1)).

ونحوه قـال فى مفتـاح الكرامه، وعللوه بـأنه لفهم العرف اللغو والاشـتباه، وفيه ما لا يخفى، ولعله لـذا كان محكى الـدروس جعل وجهين فيه، ومال إلى الغرامه ثانى الشهيدين، وعن جامع المقاصد إنه الأقوى.

وقد عرفت أن مقتضى الصناعه عدم اللغويه وعدم الغرامه، بل إجراء قاعده العدل.

ثم إنه مما تقدم من إقراره بالزوج، وأنه محمول على صوره اتحاد الوارث، ظهر وجه قول الشرائع:

(ولو أقر بزوجه) أى للميت (وله ولـد أعطاهـا ثمن مـا فى يـده، وإن لم يكن ولـد أعطاهـا الربع، كما أنه فى صوره عـدم الاتحاد يعطى بقـدر الزائـد عن حقه لأنـه مـدلول النص والفتوى، لاـ الإشـاعه كمـا تقـدم)، ثم قال: (وإن أقر بأخرى غرم لها مثل نصـيب الأولى إذا لم تصدقه).

أقول: إذا أقر بـأخرى لا تصـلح زوجه أصـلاً، أو جمعاً كالأخت لم يغرم شـيئاً بلا إشـكال، لأن الممتنع زوجيتها شـرعاً لا تسـتحق شيئاً، فكان إقراراً لغواً.

ومنه يعلم حـال العكس، بـأن أقر أولاًـ بـالممتنع ثم بـالممكن، وحـال الجمع كمـا إذا قـال: الأـم والبنت زوجتـاه، أو قال: الأختان زوجتاه، على ما تقدم مثله، أما إذا لم تكن إحداهما ممتنعاً فكما تقدم من عدم الغرامه، وإنما المحكم قاعده العدل.

ثم قال: (ولو أقر بثالثه أعطاها ثلث النصـيب، ولو أقر برابعه أعطاها الربع من نصـيب الزوجه، ولو أقر بخامسه وأنكر إحـدى الأول لم يلتفت إليه

۱- جواهر الكلام: ج۳۵ ص ۱۸۰ ـ ۱۸۱

وغرم لها مثل نصيب واحده منهن).

أقول: الإقرار بالخامسه إنما يصح مع بقائه الإقرار بالأربع فيما لو تزوج المريض ودخل وطلق، فإن زوجته ترثه إلى سنه، كما قرر فى محله.

وعليه يصح الأزيد من الأربع الممكن فيهن ذلك، ولذا قال فى الجواهر: (فلو كان الزوج مريضاً وتزوج بعد الطلاق ودخل استرسل الإقرار ولم يقف عند حد إذا مات فى سنته، وعن حواشى الشهيد وشرح الإرشاد للفخر والتنقيح الإجماع على قبول الإقرار فى مثل ذلک) انتهى.

وحيث قد عرفت عدم الغرامه، لأنه خلاف العلم الإجمالى، فاللازم الرجوع إلى قاعده العدل، وكذلک فى أمثال المقام حيث إن العلم الإجمالى بالخلاف يمنع عن نفوذ كلا الإقرارين، كما إذا قال: أنا قتلت زيداً، وأنا قتلت عمرواً، حيث إنه إذا علم عدم قتله إلاّ أحدهما لم يكلف بديتهما، وهكذا إذا قال: بعت دارى هذه لزيد، وبعت دارى الأخرى لزيد، وعلمنا بأنه لم يبع إلاّ داراً واحده، لم يكلف بإعطائهما له، بل يعطى له نصفهما إذا لم يمكن الاستفسار، لقاعده العدل، إلى غير ذلک.

ومنه يعلم عدم الفرق بين إمكان الخامسه على ما عرفت، أو عدم إمكانها، وإنكار إحداهن وعدم الإنكار.

ولو أقر بزوجه أو ولد أو نحوهما ثم أبدى محذوراً فى إرثه، كما إذا كانت كتابيه تحت مسلم حيث لا ترث، أو أن الولد والقريب كافر، أو قاتل، أو نفاه عن نفسه باللعان أو ما أشبه، فإن كان إبداء المنع متصلاً بالإقرار قبل، لأنه لم يقر بغير ذلک، فلا يقال هو من الإنكار بعد الإقرار. وإلا فهل يقبل، حيث إن الزوجه والقريب قسمان، والإقرار بالجامع ليس إقراراً بالفرد، أو لا يقبل لأن المنصرف من الإقرار أنه يستحق، الظاهر

الأول، إذ لا ظهور، فإن من قال: إن فلان ولد فلان، ليس معناه أنه مسلم مثله، فتأمّل.

أما إذا قال: إنه وارث أو إنه يستحق المال لزمه، لأن إبداء المنع بعده من الإنكار بعد الإقرار.

ولو اعترفت الزوجه الوحيده بالولد رجع ربعها ثمناً.

ولو اعترفتا رجع ثمن كان واحده إلى نصف الثمن وهكذا، سواء كان الاعتراف بولد أو أولاد.

ولو اعترف الزوج بالولد رجع نصفه إلى الربع وهكذا.

ولو اعترف الولد بالزوجه أعطاها الثمن، فإن أقر بأخرى قال فى الجواهر: (غرم لها نصف الثمن إن لم تصدقه الأولى، فإن أقر بثالثه واعترف الأوليان بها واعترف الثانيه بالأولى استعاد من الأولى نصف الثمن لإقرارها، ومن الثانيه المقره بهما سدسه لاعترافه، فيصير معه ثلثا الثمن يسلمه إلى الثالثه، منه ثلثا لاعترافه، ويبقى له ثلث آخر عوضاً عما اغترمه، ويفوت منه واحد وهوسدس الثمن، فالمسأله من الثمانيه والأربعين) انتهى.

أقول: قد عرفت الإشكال فى مسأله الغرامه بالاعتراف الثانى.

ثم إنه لو كان الاعترافان لا يجتمعان، فإن كان أحدهما ممتنعاً عقلاً أو شرعاً بطل، وصح الاعتراف الآخر، سواء كان الأول أو الثانى، كما إذا قالت بنت عمرها عشر سنوات: إن قبل عشرين إلى قبل عشر سنوات كان زيد زوجى، ثم قالت: والآن عمرو زوجى، بطل الأول، ولو انعكس بأن اعترفت أولاً بالثانى، وثانياً بالأول بطل الثانى لامتناع ذلك عقلاً، وإن كان بعض أحدهما ممتنعاً، فهل يبطل كلاً أو بمقدار ذلك البعض حتى يصح الاعتراف الآخر بمقدار ذلك البعض، احتمالان، مثلاً لو قالت الفتاه المتقدمه أولاً: كان زيد زوجى منذ خمس

عشره سنه إلى الآن، ثم قالت: عمرو زوجى، حيث إنهما متصادمان فى العشر سنوات، والأول ممتنع عقلًا فى خمس سنوات، لم يبعد بطلان الاعتراف الأول، لأن الاعتراف ارتباطى، فإذا بطل بعضه بطل الآخر، فهو مثل أن تقول: فلان زوجى فى الليالى فقط دون النهارات، أو فلان زوج لنصفى فقط دون النصف الآخر، فإن الفرق فى الجمله بين المسأله والمثال لا يخرج المسأله عن رؤيه العرف التناقض بينهما، حتى يرى أن إقرارها الأول غير مشمول لقاعده «إقرار العقلاء»، ومع ذلك ففى المسأله تأمّل، لاحتمال أن تكون من ضم الممتنع إلى الممكن، مثل: له على خمر وخل.

أما مسأله فلان زوجى فى الليالى، فإنما يبطل إذا لم يمكن تصحيحه بالمتعه أو الدوام كل ليله، كما إذا قالت: إنه كان زوجها فى ليالى الشهر المنصرم، ثم قالت: كان عمرو زوجها فى الليله الجمعه الماضيه، حيث لا يجتمع الثانى مع الأول.

وفى المقام فروع ذكرها الجواهر، واضحه مما سبق فراجعها، كما أن هنا فروعاً كثيره تعلم مما سبق.

ص:۴۸۰

مسأله ۵۱ هل يصح البدل كالاستثناء

(مسأله ۵۱): فيها فروع ذكرها القواعد، قال: (هل يصح البدل كالاستثناء، الأقرب ذلك إن لم يرفع مقتضى الإقرار، كما لو قال: له هذه الدار هبه أو صدقه، أما لو قال: له هذه الدار عاريه أو سكنى ففيه نظر ينشأ من كونه رفعاً لمقتضى الإقرار، ومن صحه بدل الاشتمال لغه).

أقول: أما الأول، فالمشهور ـ كما عن الحواشي ـ صحته، وعلّله مفتاح الكرامه (بأن البدل مستعمل لغةً وعرفاً وشرعاً، فيجرى مجرى الاستثناء ولم يرفع هنا مقتضى الإقرار، لأن الكلام إنما يتم بآخره) انتهى.

ومنه يظهر وجه الاحتمال الآخر، وهو أنه تضمن الرجوع عن ظاهر الإقرار، وفيه: إنه ما دام لا يراه العرف إلّا من تتمه الكلام لم يضر، وعلى صحته فإذا أراد المقر له أن يعمل به ما لا يجوز العمل بالزكاه ـ أى الصدقه ـ يجوز له ذلك، لأنه ثبت أنه له ولم يثبت أنه صدقه حتى يكون عمله خلاف موازين الصدقه منكراً يجب ردعه.

وكذا إذا قال: إن هذا البستان إرث له أو وقف على مصالحه، جاز له بيعه، لأن كونه له مسلّم، وكونه وقفاً غير مسلّم، فالأصل الإباحه فى كل تصرفاته، لكن ربما يقال: إنه يلزم أن يعمل حسب كلا الأمرين للعلم الإجمالى إذا كان كل طرف موجباً لأحكام خاصه، فإذا قال: وقف لمأكله أو لملبسه، لم يجز له صرفه فى المسكن، والمقام كذلك، لأن كلًا من الوقف والإرث له أحكام خاصه، إذ الإرث يخرج منه الثلث والدين مثلًا بخلاف الوقف.

أقول: إذا كان العلم الإجمالى حاصلًا الآن وجب الاحتياط، أو التخيير فى المحذورين، أما إذا لم يكن دين ونحوه فلا طرف للوقف يوجب التنجيز.

وأما الثانى، ففى مفتاح الكرامه: جزم بالصحه فى التذكره، وفى التحرير أنه أقرب، ويلوح ذلك من كلام المبسوط والإيضاح والحواشى، وفى الدروس

يمكن قبول قوله.

أقول: وهذا هو الأقرب لتعارف مثل ذلك فى بدل الاشتمال، حيث لا يعلم من فى يده أنها أيهما، فيقول لولده أو لطرفه بذلك، فاللازم فى مثله مراعاه جهتى العاريه والسكنى، وكذا إذا قال: هذه الدار التى بيدنا إما فى إجاره زيد أو ملكه، إلى غير ذلك من الأمثله.

ومنه يعلم أن قول جامع المقاصد بعدم الصحه لكونه رافعاً لمقتضى الإقرار محل نظر.

قال فى القواعد: (لو قال: له على ألف وقضيته أو قضيت منها خمسمائه لم يقبل قوله إلّا ببينه)، وقد حكى ذلك عن المبسوط والمفاتيح وغيرهما، وذلك لما علّله فى مفتاح الكرامه بأنه مدع للمسقط بعد الثبوت بالإقرار فلابد من البينه، وهو كذلك.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين التقديم والتأخير، كما إذا قال: لا يطلبنى إلّا خمسمائه لأنى قضيت من ألفه خمسمائه، أما لو قال: كانت عندى وديعه وقضيتها، أو تلفت أو تلفت خمسمائه منها قبل، لأنه ليس على الأمين إلّا اليمين.

قال فى القواعد: (ولو قال: لى عليك مائه، فقال: قضيتك منها خمسين، فالأقرب لزوم الخمسين خاصه لاحتمال قوله منها مما يدعيه)، وهذا هو المحكى عن الإيضاح وجامع المقاصد والتحرير والدروس، والوجه ما أشار إليه العلامه.

ومنه يعرف أن قول الإيضاح: إن العرف المشهور بين الناس أنه إنما يستعمل ذلك مع ثبوت المائه فى ذمته، إنما يصح إذا كان ظاهر كلامه ذلك لا ما إذا كان محتملا، واللازم ثبوت الإقرار حتى يلزم، لأن الحكم بجائز لا يكفل موضوعه.

ولو قال: ألا أطلبك مائه، فقال: نعم خمسين، لم يكن قوله:

(خمسين) من الإنكار بعد الإقرار حتى يقال: إن ظاهر (نعم) تصديق مائه، فخمسون إنكار لا يقبل، ولذا لا يعد كلام الشاعر إضراباً.

زعم العواذل أننى فى غمره

صدقوا ولكن غمرتى لا تنجلى

ومنه يعلم أنه كذلك إذا جاء بصدقت، أو بلى، أو أجل، أو جير، حيث إن اتصال خمسين بها يمنع ظهورها لو كانت منفرده.

قال فى القواعد: (ولو قال: أخذتُ منه ألف درهم من دينى، أو من وديعتى عنده، فأنكر السبب، وادعى التملك، حكم للمقر بعد الإحلاف) وهو المحكى عن التحرير وجامع المقاصد، وذلك لأنه اعترف بالأخذ وادعى السبب الذى ينكره طرفه، فاللازم إما أن يقيم البينه أو يحلف.

قال فى مفتاح الكرامه: (ولا ـ كذلك لو قال: أودعته وديعه وأخذت منها ألف درهم، أو قال: أعرته ثوبى ثم أخذته منه، أو أسكنته دارى ثم استرجعتها، ونحوه مما أقر فيه أولاً بسبق يد الغير على ملكه، وأدعى الآخر فى ذلك كله الملكيه، فإنه يحكم للمقر ولا يخرج بذلك عن ملكه) انتهى.

وذلك لأنه لم يقر بأنه أخذ منه ملكه، اللهم إلاّ أن يقال: إنه معترف بأنه أخذ منه فعليه إثبات أنه كان المأخوذ من مال المقر.

وهذا آخر ما أردنا إيراده فى هذا الكتاب، وإن كانت الفروع كثيره جداً، والله الهادى إلى صوب الصواب، وهو الموفق المستعان.

قم المقدسه

۲۲/ محرم/ ۱۴۰۳ هجريه

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

المحتويات

المحتويات

ص:۴۸۵

ص:۴۸۸

ص:۴۸۹

ص:۴۹۰

كتاب الإقرار

٢٥١ _ ٤٨٣

ص:۴۹۲

ص:۴۹۳

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الكمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الكمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونیة من الكتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلكترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراكز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفكرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والكتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الكترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

٤.CHM

٥.PDF

٦.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقیق أهدافنا وعرض المعلومات علینا.

عنوان المکتب المرکزی

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهید محمد حسن التوکلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البرید الالکترونی : Info@ghbook.ir

هاتف المکتب المرکزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المکتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البیع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمین ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.


مركز القائمية اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـــركز من فضلـــكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاءِ من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹